



Restructurations et droit social

Magali Gadrat

► To cite this version:

Magali Gadrat. Restructurations et droit social. Droit. Université de Bordeaux, 2014. Français.
NNT : 2014BORD0453 . tel-01153634v2

HAL Id: tel-01153634

<https://shs.hal.science/tel-01153634v2>

Submitted on 23 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE BORDEAUX

ECOLE DOCTORALE de DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT EN DROIT

Magali GADRAT

RESTRUCTURATIONS ET DROIT SOCIAL

Tome I

Thèse dirigée par M. **Gilles AUZERO**, Professeur,

Soutenue publiquement le 9 décembre 2014

MEMBRES DU JURY

M. Gilles AUZERO,

Professeur, Université de Bordeaux

M. Frédéric GÉA,

Professeur, Université de Lorraine

Rapporteur

M. Patrick MORVAN,

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Rapporteur

M. Christophe RADÉ,

Professeur, Université de Bordeaux

RESUMÉ : RESTRUCTURATIONS ET DROIT SOCIAL

Dans un contexte économique instable, résultant notamment de la mondialisation des échanges, de la financiarisation de l'économie et de l'accélération des mutations technologiques, caractérisé de surcroît par l'apathie endémique de la croissance économique française, la prospérité et la survie des entreprises dépendent de leur capacité à s'adapter en permanence aux évolutions du marché pour pouvoir sauvegarder leur compétitivité, assurer leur développement et faire face à une concurrence toujours plus vive. Si les restructurations sont indispensables pour assurer la pérennité des entreprises dont dépendent le maintien de l'emploi, le dynamisme du marché du travail et la création de richesse, elles mettent fréquemment en péril les intérêts des salariés. Nombre d'entre elles menacent ainsi leur emploi et partant leur sécurité économique et matérielle, mais également leurs droits collectifs qu'il s'agisse des avantages issus de leur statut collectif ou de leur droit à participer à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise *via* leurs représentants, dont le mandat peut être affecté par une restructuration. Si ces opérations mettent en péril les intérêts des salariés et génèrent un coût social largement assumé par la collectivité nationale, le droit, en particulier le droit social, ne peut remettre en cause les projets de restructuration. Ces décisions et leur mise en œuvre relèvent en effet de la liberté d'entreprendre des dirigeants de l'entreprise à laquelle le droit social ne saurait porter atteinte en s'immisçant dans leurs choix économiques et stratégiques. L'objet de cette étude est donc d'exposer comment, en dépit de son incapacité à influencer sur les décisions de restructurations, le droit social tente d'en limiter le coût social, en préservant au mieux les intérêts des salariés.

MOTS-CLEFS :

Restructuration. Droit du travail. Protection sociale. Transfert d'entreprise. Licenciement pour motif économique. Procédures collectives. Anticipation des mutations économiques. Liberté d'entreprendre. Droit à l'emploi. Participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Dialogue social. Négociation collective. Information/consultation des représentants du personnel. Accompagnement des licenciements pour motif économique. Plan de sauvegarde de l'emploi. Responsabilité sociale des entreprises. Responsabilité sociétale et territoriale des entreprises. Groupe de sociétés. Coemploi. Financiarisation de l'économie. Procéduralisation.

ABSTRACT: RESTRUCTURING AND SOCIAL LAW

In an unsettled economic climate, the result in particular of globalisation of trade, the financialisation of the economy and accelerating technological change, further marked by the endemic apathy of French economic growth, the prosperity and survival of companies depend on their capacity to adapt constantly to market trends in order to safeguard their competitiveness, to ensure their development and to stand up to ever increasingly harsh competition. Whilst restructuring is essential to ensure the long-term survival of companies, on which maintaining jobs, a dynamic labour market and the creation of wealth all depend, it frequently endangers the interests of employees. Many restructuring operations thus threaten their employment and consequently their economic and material security, but also their collective rights when it comes to advantages resulting from their collective status or their right to participate in determining their working conditions and in the management of the company through their representatives, whose mandate may be impacted by a restructuring operation. While such operations endanger the interests of employees and generate a social cost borne to a large extent by the national community, law, and in particular social law, cannot challenge restructuring projects. Such decisions and their implementation fall within the purview of the freedom to act enjoyed by corporate managers that social law cannot in any way impede by interfering in their economic and strategic choices. The purpose of this study is therefore to show how social law, despite its inability to influence restructuring decisions, seeks to limit the social cost by preserving as best as possible the interests of employees.

KEY WORDS:

Restructuring. Labour law. Social protection. Corporate transfer. Economic redundancy. Collective procedures. Anticipating economic changes. Freedom to act. Right to employment. Participation of employees in the management of the company. Social dialogue. Collective negotiations. Informing/consulting staff representatives. Support in cases of economic redundancy. Corporate social responsibility. Social and territorial responsibility of companies. Group of companies. Co-employment. Financialisation of the economy. Proceduralisation.

Unité de recherche

LABORATOIRE COMPTRESEC UMR CNRS 5114
16 avenue Léon Duguit, CS 50057 – 33608 PESSAC - FRANCE

À Hector DAPHIRÈS

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	15
PARTIE I : LA LIMITATION DU COUT SOCIAL DES RESTRUCTURATIONS EN AMONT DE LEUR REALISATION	111
TITRE I : LA PROMOTION DE LA NEGOCIATION RELATIVE AUX RESTRUCTURATIONS.	117
CHAPITRE I : LA NEGOCIATION SUR L'EMPLOI EN AMONT DES DECISIONS DE RESTRUCTURATION.	121
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	201
CHAPITRE II : LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS L'ENTREPRISE EN CRISE	205
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	323
CONCLUSION TITRE.....	327
TITRE II : LA DÉCISION DE LICENCIER POUR UN MOTIF ÉCONOMIQUE SOUMISE À UNE EXIGENCE DE LÉGITIMITÉ.....	331
CHAPITRE I : LA DÉCISION DE LICENCIER SOUMISE À UNE EXIGENCE DE JUSTIFICATION.....	339
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	483
CHAPITRE II : LE CONTRÔLE DE LA DÉCISION DE LICENCIER.....	487
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	793
CONCLUSION DU TITRE	797
CONCLUSION DE LA PARTIE	801
PARTIE II : LA LIMITATION DU COUT SOCIAL DES RESTRUCTURATIONS EN AVAL DE LEUR REALISATION.....	809
TITRE I : L'ATTENUATION DES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA SITUATION INDIVIDUELLE DES SALAIRES.	813
CHAPITRE I : LA PROTECTION DE L'EMPLOI ET DES CREANCES SALARIALES EN CAS DE TRANSFERT D'ENTREPRISE.....	817
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	981
CHAPITRE II : L'ACCOMPAGNEMENT DES SALAIRES MENACES DE LICENCIEMENT DANS LE CADRE D'UNE RESTRUCTURATION.	985
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	1151
CONCLUSION DU TITRE.....	1155
TITRE II : L'ATTENUATION DES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA SITUATION COLLECTIVE DES SALAIRES.....	1159
CHAPITRE I : LES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LE STATUT COLLECTIF DES SALAIRES.....	1163
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	1325
CHAPITRE II : LES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA REPRESENTATION DU PERSONNEL.	1329
CONCLUSION CHAPITRE.....	1401
CONCLUSION DU TITRE	1403
CONCLUSION DE LA PARTIE	1407
CONCLUSION GENERALE	1411
BIBLIOGRAPHIE	1417
INDEX	1479

Table des principales abréviations

<i>Adde.</i> :	Ajouter
<i>AGIRC</i> :	Association générale des institutions de retraite des cadres
<i>AJ</i> :	Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz
<i>AJ Famille</i> :	Actualités juridiques de droit de la famille
<i>AJDA</i> :	Actualités juridiques de droit administratif
<i>AJDI</i> :	Actualités juridiques de droit immobilier
<i>Al.</i> :	Alinéa
<i>ALD</i> :	Actualité législative Dalloz
<i>ANI</i> :	Accord national interprofessionnel
<i>APD</i> :	Archives de philosophie du droit
<i>Arr.</i> :	Arrêté
<i>ARRCO</i> :	Association des régimes de retraite complémentaire
<i>Art.</i> :	Article
<i>Ass.</i> :	Assemblée
<i>Ass. plén.</i> :	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Avr.</i> :	Avril
<i>BIBL</i> :	Bibliographie
<i>BIBL. GEN</i> :	Bibliographie générale
<i>BICC</i> :	Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>BLD</i> :	Bulletin législatif Dalloz
<i>BOMT</i> :	Bulletin officiel du ministère du travail
<i>BS. Lefebvre</i> :	Bulletin social Francis Lefebvre
<i>Bull. civ.</i> :	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i> :	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly sociétés</i> :	Bulletin Joly de droit des sociétés
<i>C.</i> :	Code
<i>c/</i> :	Contre
<i>CA</i> :	Cour d'appel
<i>CAA</i> :	Cour administrative d'appel
<i>C. adm.</i> :	Code administratif
<i>C. ass.</i> :	Code des assurances
<i>C. pén.</i> :	Code pénal
<i>C. pr. Civ.</i> :	Code de procédure civile
<i>C. pr. Pén.</i> :	Code de procédure pénale
<i>C. trav.</i> :	Code du travail
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
<i>Cah. prud'h</i> :	Cahiers prud'homaux
<i>Cass. civ</i> :	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Cass. crim</i> :	Chambre pénale de la Cour de cassation
<i>Cass. soc</i> :	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>CE</i> :	Conseil d'Etat
<i>CEDH</i> :	Cour européenne des droits de l'homme
<i>C. fonct. publ.</i> :	Code de la fonction publique
<i>CGI</i> :	Code général des impôts
<i>Ch.</i> :	Chambre
<i>Chap</i> :	Chapitre

<i>Ch. mixte</i> :	Chambre mixte de la Cour de cassation
<i>Ch. réun.</i> :	Chambres réunies de la Cour de cassation
<i>CHSCT</i> :	Comité d'hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail
<i>Chron.</i> :	Chronique
<i>Civ.</i> :	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Circ.</i> :	Circulaire
<i>CJA</i> :	Code de justice administrative
<i>CJCE</i> :	Cour de Justice des Communautés Européennes
<i>CJUE</i> :	Cour de Justice de l'Union Européenne
<i>COJ</i> :	Code de l'organisation judiciaire
<i>C. mut</i> :	Code de la mutualité
<i>Comm.</i>	Commentaire
<i>Comp.</i> :	Comparez
<i>Concl.</i> :	Conclusions
<i>Contra</i> :	En sens contraire
<i>Crim.</i> :	Chambre criminelle
<i>CSBP</i> :	Cahiers sociaux du barreau de Paris
<i>CSS</i> :	Code de la sécurité sociale
<i>D.</i> :	Recueil Dalloz
<i>Dactyl.</i> :	Dactylographié
<i>Déc.</i>	Décembre
<i>Décr.</i> :	Décret
<i>Décr. L.</i> :	Décret-loi
<i>Defrénois</i> :	Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH.</i> :	Receuil Dalloz hebdomadaire
<i>Dir.</i> :	Directive
<i>DIRECCTE</i> :	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, Directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
<i>Dr. adm</i> :	Droit administratif
<i>Dr. ouv.</i> :	Droit ouvrier
<i>Dr. soc.</i> :	Droit social
<i>Dr. trav.</i> :	Revue de droit du travail et de la sécurité sociale
<i>Éd.</i> :	Edition, éditeur
<i>EPA</i> :	Etablissement public à caractère administratif
<i>EPIC</i> :	Etablissement public à caractère industriel et commercial
<i>Esp.</i> :	Espèce
<i>Fasc.</i> :	Fascicule
<i>Fév.</i> :	Février
<i>Gaz. Pal.</i> :	Gazette du Palais
<i>GADT</i> :	Grands arrêts de droit du travail
<i>Ibid.</i> :	Au même endroit
<i>Infra</i> :	Ci-dessous
<i>Instr.</i> :	Instruction
<i>IR</i> :	Informations rapides du Recueil Dalloz

<i>Janv.</i> :	Janvier
<i>J.- Cl. civ.</i> :	Jurisclasseur droit civil
<i>J.- Cl. com.</i> :	Jurisclasseur droit commercial
<i>J.- Cl. trav.</i> :	Jurisclasseur droit du travail
<i>JCP A</i> :	La semaine juridique, édition administrative
<i>JCP E</i> :	La semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP N</i> :	La semaine juridique, édition notariale
<i>JCP S</i> :	La semaine juridique, édition sociale
<i>JCPG</i> :	La semaine juridique, édition générale
<i>JOAN</i> :	Journal officiel de l'assemblée nationale
<i>JOCE</i> :	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JORF</i> :	Journal officiel de la République Française
<i>JOUE</i> :	Journal officiel de l'Union européenne
<i>JSL</i> :	Jurisprudence sociale Lamy
<i>Juil.</i> :	Juillet
<i>Juris.</i> :	Jurisprudence
<i>L.</i> :	Loi
<i>Lebon</i> :	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État
<i>Lexbase hebdo</i> , éd. soc. :	Revue Lexbase hebdomadaire, édition sociale
<i>Liaisons soc.</i> :	Liaisons sociales
<i>Liv.</i> :	Livre
<i>LPA</i> :	Les petites affiches
<i>LGDJ</i> :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Mix.</i> :	Chambre mixte
<i>Mod.</i> :	Modifié
<i>N°</i> :	Numéro
<i>NAF</i> :	Nomenclature d'activités française
<i>Not.</i> :	Notamment
<i>Nov.</i>	Novembre
<i>Obs.</i> :	Observations
<i>Oct.</i> :	Octobre
<i>OPA</i> :	Offre publique d'achat
<i>Ordon.</i> :	Ordonnance
<i>p. ; pp.</i> :	page ; pages
<i>PERCO</i> :	Plan d'épargne pour la retraite collectif
<i>PME</i> :	Petites et Moyennes Entreprises
<i>Préc.</i> :	Précité
<i>PSE</i> :	Plan de sauvegarde de l'emploi
<i>PUF</i> :	Presses universitaires de France
<i>QPC</i> :	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>Rapp.</i> :	Rapport
<i>Rappr.</i> :	Rapprocher

RCA : Responsabilité civile et assurances
RDC : Revue des contrats
RD publ : Revue de droit public et de science politique
RDT : Revue de droit du travail
Rect. : Rectificatif
réf. : Se référer
Règl. : Règlement
Rep. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz
Rep. trav. : Répertoire de droit du travail Dalloz
Req. : Chambre des requêtes
Rev. adm. : Revue administrative
Rev. arb. : Revue de l'arbitrage
Rev. crit. : Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives
Rev. sociétés : Revue de droit des sociétés
RF aff. soc. : Revue française des affaires sociales
RFDA : Revue française de droit administratif
RIDC : Revue internationale de droit comparé
Rj com. : Revue de jurisprudence commerciale
RJS : Revue de jurisprudence sociale
RPDS : Revue pratique de droit social
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen

s. : suivants
S. : Recueil Sirey
Sect. : Section
Sept. : Septembre
SICAV : Société d'investissement à capital variable
Sol. impl. : Solution implicite
Somm : Sommaire
Spéc. : Spécialement
SSL : Semaine sociale Lamy
ss. : Sous
Suppl. : supplément
Supra : Ci-dessus

TA : Tribunal administratif
T. com. : Tribunal de commerce
T. confl. : Tribunal des conflits
TGI : Tribunal de grande instance
TI : Tribunal d'instance
Tit : Titre
TPS : Travail et protection sociale

UES : Unité économique et sociale

V. : Voir

RESTRUCTURATIONS ET DROIT SOCIAL

INTRODUCTION

« La restructuration (réorganisation) en quelque sorte permanente remet à chaque instant en cause le lieu de travail, la qualification du salarié, la détermination de celui qui définit sa fonction et lui donne des ordres, la convention collective applicable ; elle déphase la représentation du personnel, atomise les revendications.

La plupart des problèmes contemporains du Droit du travail, sont liés à la restructuration incessante des entreprises. Or, c'est une branche du Droit qui régit ces actes (...). »

G. LYON-CAEN¹

1. « Il n'existe rien de constant, si ce n'est le changement ». Cette sentence attribuée à Bouddha pourrait tout aussi bien illustrer le phénomène contemporain des restructurations tant ces dernières font partie intégrante de la vie des entreprises. Les causes en sont connues : mondialisation, financiarisation de l'économie, accélération des mutations technologiques, mise en concurrence des entreprises et des salariés au niveau mondial, etc. ; dans un monde en perpétuelle mutation, *« l'adaptation au changement est un phénomène permanent de la vie des entreprises et des salariés »*². Le constat dressé par Gérard LYON-CAEN il y a près de vingt ans est plus que jamais d'actualité : « L'époque est caractérisée par un remodelage incessant des structures juridiques du capital, - que le Droit du travail simplifie sous l'appellation de « transfert de l'entreprise ». Aucune collectivité de salariés stable n'est plus rattachée à une activité qui serait-elle-même constante. Les activités changent ; les structures juridiques de collecte des capitaux et d'investissement de ceux-ci, sont continuellement transformées ; de simples centres de profit apparaissent puis disparaissent, lesquels n'ont plus guère de traits communs avec une entreprise telle qu'on l'envisageait au XIX^{ème} et dans la première moitié du XX^{ème} siècle. Ces centres d'activité dépendent de groupes souvent mondiaux, au sein desquels le centre de pouvoir est malaisé à identifier, dont la préoccupation

¹ G. LYON-CAEN, *Le Droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1995, p. 15.

² Texte commun des partenaires sociaux au niveau européen, « Orientation de référence pour gérer le changement et ses conséquences sociales », 16. oct. 2003 ; H. OUAISSI, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés*, thèse, ss la direction de B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2006

est de localiser l'argent là où il est plus fructueux (fiscalement) de le situer, le travail là où il est le plus avantageux (socialement) de faire travailler, de déplacer par conséquent continuellement ses implantations. »¹. L'instabilité de l'environnement économique lié à la succession de crises économiques et financières, à l'apathie endémique de la croissance économique française, à la versatilité de la demande, impose également aux petites et moyennes entreprises (qui composent l'essentiel du tissu économique et social français) qui n'appartiennent pas à un groupe multinational, de se restructurer pour « survivre aujourd'hui et croître demain pour survivre après demain »². De nos jours, tout chef d'entreprise sait que tôt ou tard il restructurera son entreprise pour optimiser son organisation juridique, économique, sociale ou productive, restructuration indispensable à la sauvegarde de sa compétitivité, à l'accroissement de sa rentabilité économique, génératrice de profit indispensable à l'investissement et au développement futur de l'entreprise.

2. Fortement médiatisées, particulièrement en période de crise où chaque jour ou presque la presse se fait le relai d'annonces de projets de fermeture d'un site de production, de grands licenciements collectifs (appelés à tort « plans sociaux »³), de fusions ou concentration d'entreprises multinationales, de lancement d'offres publiques d'achat (OPA) plus ou moins hostiles, les restructurations jouissent d'une aura négative dans l'opinion publique, renforcée par leur « récupération politique ». On ne compte plus les déclarations d'hommes politiques, de gauche comme de droite, fustigeant les comportements de certains « patrons voyous »⁴, expliquant que le « plan social » envisagé par telle entreprise est inacceptable, allant à la rencontre de salariés dont l'emploi est menacé par un projet de restructuration, pour leur promettre qu'ils s'opposeront au projet de fermeture du site, « fleuron de l'industrie française », qui menace leur emploi, ou qu'ils feront voter une loi pour empêcher qu'« une telle situation » puisse perdurer ou se reproduire en France. La réaction épidermique du

¹ G. LYON-CAEN, *op. préc.*, p. 15

² En ce sens L.DABIN, « Rapport de synthèse », in « L'acquisition des entreprises à la recherche d'un équilibre en Europe »: RDAI, n° 4/5-1999, page 719.

³ En effet, le plan social ne saurait être synonyme de « licenciement collectif » puisque sa finalité première est précisément d'éviter les licenciements et d'en réduire le nombre. Tentant, en vain, de mettre un terme à cette antiphrase, le législateur de 2002 a rebaptisé le plan social « plan de sauvegarde de l'emploi », ; Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, de modernisation sociale, JORF 18 janv. 2002, p. 1008.

⁴ En réaction à la restructuration très médiatisée mise en place par le groupe *Metaleurop*, Roselyne BACHELOT, alors ministre de l'Environnement, a usé de cette expression de « patrons voyous », expression très vite reprise par Jacques CHIRAC, alors Président de la République (V. « La controverse Kerdrel - Mauduit : "patrons voyous" et chefs d'entreprise », article publié sur le site Figaro le 22 février 2007, consultable à l'adresse suivante : http://www.lefigaro.fr/debats/2007/02/22/01005-20070222ARTFIG90030-la_controverse_kerdrel_mauduit_patrons_voyous_et_chefs_d_entreprise.php), expression reprise également par Patrick MORVAN ; P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2013, p 931.

politique et (malheureusement parfois) du législateur¹ aux « faits divers » sociaux favorise l'appréhension négative, le plus souvent justifiée, dont les restructurations font l'objet². Le traitement médiatique et politique de ces opérations ont fait du « mot « restructuration » (...) un mot qui fait peur au singulier comme au pluriel. Au singulier, il évoque le plus souvent dans l'opinion publique une réduction de la main d'œuvre d'une entreprise donnée. Tandis qu'au pluriel il est associé à l'évolution de l'économie mondialisée, qui pousse à une redéfinition non seulement du cadre d'activité et du périmètre des entreprises, mais aussi de l'importance relative des différents secteurs et même de la spécialisation internationale du travail »³.

3. Comme le disait Jean MOULIN, « les hommes n'acceptent le changement que dans la nécessité et ne voient la nécessité que dans la crise ». Ainsi, si les salariés et l'opinion publique peuvent comprendre et accepter que des entreprises confrontées à des difficultés économiques ou dont la compétitivité/survie est menacée procèdent à des réductions d'effectif, ils ne tolèrent pas, à l'inverse, que des sites soient fermés ou des licenciements collectifs décidés dans des entreprises bénéficiaires dans le seul but d'accroître leur rentabilité financière pour satisfaire les demandes des investisseurs financiers et/ou des marchés⁴. Sont également fermement condamnées les restructurations destructrices d'emplois arrêtées par la direction d'un groupe florissant qui décide de délocaliser l'activité d'une filiale, pourtant rentable, vers un pays socialement moins exigeant, en fermant celle-ci et en licenciant son personnel, après avoir éventuellement organisé son insolvabilité, transférant ainsi les coûts sociaux de sa décision à l'association pour la gestion du régime d'assurance des créances des alaires (AGS)⁵. Comme le constatent plusieurs auteurs, « les médias, les pouvoirs publics, les citoyens ne [tolèrent] plus le décalage entre la maîtrise économique de l'activité par la société dominante du réseau et l'absence de responsabilité juridique s'agissant des conséquences sociales »⁶.

¹ Les Parlementaires sont en effet dans leur immense majorité des hommes et des femmes politiques.

² Lire ainsi F. CHAMPEAUX et S. FOULON, *Dernier recours. Le Monde du travail devant les tribunaux*, Seuil, mars 2012, , et le récit du conflit *Metaleurop* ou « comment poursuivre des patrons voyous ».

³ K. J. LONNROTH : « Préface », in *Des restructurations et des hommes*, sous la direction de T. LEMASLE et P. E. TIXIER, Dunod, 2000

⁴ X. LAGARDE, « Mondialisation, restructurations et jurisprudence sociale », JCP G. 2001, n° 51- 52, I 371, p 2335

⁵ P. MORVAN, *op. préc.*, p 931 ;

⁶ F. MEYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise. Concept juridique ? », Dr. ouv. 2005, p. 180 ; en ce sens également X. LAGARDE, art. préc.

Les restructurations constituent l'un des derniers « bastion de cristallisation » de l'opposition « capital/travail », ce qui contribue à l'intérêt de l'étude de leur encadrement par le droit social.

4. La restructuration, une notion plus économique que juridique. Communément entendue comme « l'action de réorganiser un ensemble inadapté »¹, la notion de « restructuration » n'est définie ni par le législateur, ni par la jurisprudence et n'a pas l'honneur de figurer dans la plupart des dictionnaires juridiques². La notion de restructuration semble ainsi rejetée « dans les limbes du domaine économique »³. À cet égard et bien qu'étant un phénomène ancien et omniprésent, le terme même de « restructuration » est relativement peu employé par les pouvoirs législatif et réglementaire. Alors même que le droit social⁴, essentiellement le droit du travail, s'intéresse à ces opérations dont il tente de juguler les incidences potentiellement néfastes sur la situation des salariés, seuls quinze articles du Code du travail emploient le terme « *restructuration* »⁵.

En droit social, il apparaît pour la première fois en 1969 sous la plume des partenaires sociaux qui, ayant pris la mesure de la menace qu'une restructuration fait peser sur la situation des salariés et particulièrement sur leur emploi, ont affirmé que « *les entreprises doivent jouer leur rôle dans [la] politique de sécurité de l'emploi. Dans tous les cas, elles doivent s'efforcer de faire des prévisions de façon à établir les bases d'une politique de l'emploi. Lorsqu'elles entreprennent des opérations de fusion, de concentration, de restructuration, visant à augmenter la compétitivité des entreprises, elles doivent intégrer dans leurs études préliminaires les incidences prévisibles en ce qui concerne l'emploi et préparer les solutions permettant de réduire les éventuels licenciements notamment par un effort de formation facilitant des mutations internes* »⁶. Si le mot « restructuration » est employé, le flou relatif qui entoure cette notion a conduit les partenaires sociaux à préciser dans une note de bas de page que « *Chaque fois qu'il est utilisé dans le présent accord, le mot «restructuration» vise*

¹ Selon la définition du dictionnaire Larousse.

² *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, sous la direction de G. CORNU, PUF, 10^{ème} éd., 2014 ; *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2014-2015.

³ C. MASQUEFA, *La restructuration*, thèse ss. la dir. de B. TEYSSIE, LGDJ, 2000, p. 50.

⁴ Le droit social s'entend de l'ensemble des règles composant le droit du travail et de la protection sociale.

⁵ 107 articles tous codes français réunis emploient ce terme.

⁶ ANI du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, préambule, IV.

également les opérations de modernisation d'une certaine ampleur et entraînant des conséquences sur l'emploi »¹.

5. Si le Conseil constitutionnel estime pour sa part que « *restructuration* [est un] *terme suffisamment précis* »², il n'en reste pas moins que les différentes disciplines juridiques appréhendant « la restructuration », qu'il s'agisse du droit social (et plus particulièrement du droit du travail), du droit des sociétés, du droit fiscal, du droit de la concurrence etc., ne la définissent pas. Elles se limitent à l'assimiler soit aux mécanismes juridiques qui en sont le support, soit à ses incidences³. Ainsi, fusion, scission, offre publique d'achat ou d'échange d'actions, concentration, filialisation, grand licenciement collectif, transfert d'entreprise, apport partiel d'actifs, prise de participation, etc., sont autant de manifestations des mécanismes juridiques auxquels renvoie la notion de restructuration. Mais, de cet inventaire « à la PREVERT », ne se dégage aucune définition conceptuelle de la restructuration transdisciplinaire. Christine MASQUEFA, au terme d'une thèse consacrée à cette notion, a toutefois réussi à dégager une définition abstraite et générale du phénomène qui s'entend de « la modification du cadre et du mode d'organisation de la structure trouvant son origine dans un mécanisme juridique susceptible d'entraîner une transformation durable et sensible de ses éléments essentiels »⁴, que sont sa structure, la ou les activités exploitées, les facteurs de production et notamment la collectivité de travail, les propriétaires du capital, le titulaire du pouvoir de direction, etc.

6. Les restructurations, une réalité complexe. Eu égard à l'extrême variété du tissu entrepreneurial français, aux divers motifs qui guident les choix stratégiques des directions d'entreprise, aux multiples raisons susceptibles d'imposer ou de justifier une restructuration (aux yeux des dirigeants, pas nécessairement du droit), aux formes extrêmement variées que celle-ci peut prendre, etc., ces opérations recouvrent une réalité complexe et mouvante dont la nature a changé au fil du temps et des évolutions macroéconomiques.

¹ Note de bas de page 1 de l'ANI du 10 février 1969.

² Cons. const., déc. n° 2001-455 DC, du 12 janv. 2002, JO 18 janv. 2002, p. 1053, cons. 49 ; sur cette décision V. not. X. PRETOT, « Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale », Dr. soc. 2002, p. 244 ; A. LYON-CAEN, « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », Dr. soc. 2002, p. 258.

³ C. MASQUEFA, th. préc., p. 50 et s.

⁴ C. MASQUEFA, th. préc., p. 188.

7. Restructurations défensives (ou réactives) destinées à faire face à une « crise ».

Au sortir de la seconde guerre mondiale, les restructurations étaient essentiellement décidées et mises en œuvre pour faire face à une situation de crise généralement liée à la conjoncture économique. Il s'agissait ainsi pour les directions d'entreprise de modifier sa structure, d'adapter son organisation économique, sociale ou productive ou encore sa stratégie afin d'affronter un problème spécifique : l'augmentation du coût des matières premières, l'obsolescence des biens produits, la réduction importante des débouchés, la sous-production, etc. Comme l'écrivait en 1989 Jean-Pierre SOISSON, alors Ministre du travail, « restructurer a longtemps consisté exclusivement à réorganiser des industries en déclin. (...). Il s'agissait d'une opération de sauvetage conduite sous la contrainte de l'urgence économique. Les restructurations de ce type ont frappé notre économie par pans entiers (la sidérurgie, les mines, les chantiers navals, (...) l'industrie textile) »¹. À la fin des années 1960 et jusqu'à l'aube des années 1980, les restructurations étaient perçues comme un symptôme de la « mauvaise santé de l'entreprise » ; elles intervenaient essentiellement dans des entreprises en crise, le plus souvent dans des secteurs à la sous-productivité endémique, à l'instar de ceux précités. Ces opérations étaient appréhendées comme « un accident de parcours » dans la vie de l'entreprise, une crise qu'il fallait gérer « à chaud » pour éviter que les salariés ne se trouvent dans une situation trop précaire². Si ces restructurations réactives n'ont pas disparu, sont peu à peu apparues à leurs côtés les restructurations « de compétitivité ».

8. Restructurations offensives (ou proactives) destinées à assurer la survie et le développement futur de l'entreprise. Au début des années 1980, les restructurations offensives ou proactives mises en œuvre pour améliorer la performance de l'organisation économique, sociale ou productive de l'entreprise ou pour anticiper l'évolution du contexte économique concurrentiel, ont peu à peu pris le pas sur les restructurations purement défensives³.

L'instauration et le développement du marché commun à l'échelle européenne, la globalisation des échanges mondiaux alliée à l'émergence des nouveaux pays industrialisés, l'amorce de la dérégulation des marchés financiers et le contexte de crise économique consécutif au choc pétrolier, ont ainsi concouru au développement de restructurations

¹ J.-P. SOISSON, « Les restructurations industrielles : un enjeu économique et social » Dr. soc. 1989 p. 2.

² J.-P. AUBERT et R. BEAUJOLIN-BELLET, « Les acteurs de l'entreprise face aux restructurations : une délicate mutation », Travail et Emploi 2004, n° 100, p. 99.

³ En ce sens, J.-P. AUBERT et R. BEAUJOLIN-BELLET, art. préc.

offensives. Soucieux d'anticiper les mutations économiques et technologiques à venir et d'éviter qu'à terme la survie de l'entreprise ne soit menacée, les dirigeants d'entreprises économiquement saines profitent de cette situation pour se restructurer et préparer l'entreprise à faire face aux évolutions inéluctables des marchés, de la demande, de la concurrence, des technologies, etc.

Restructurations réactives et proactives poursuivent une finalité commune : préserver l'intérêt de l'entreprise en créant les conditions de sa survie, de son développement économique et du maintien de sa compétitivité. Qu'il s'agisse de faire face à une situation de « crise » (dégradation de la demande, perte de marché, modification des conditions concurrentielles, etc.) ou d'anticiper l'apparition d'éventuelles difficultés économiques, l'émergence de nouvelles contraintes productives, financières ou technologiques, les restructurations défensives et offensives poursuivent un objectif : éviter la disparition de l'entreprise et construire les conditions de sa croissance en sauvegardant sa compétitivité. Guidées par la volonté de préserver, de défendre l'intérêt de l'entreprise, les décisions de restructuration impliquent le plus souvent une réduction des charges (la masse salariale étant - malheureusement - la première variable d'ajustement affectée)¹, la réalisation d'économies d'échelle, la définition de nouveaux modes de production et d'organisation tendant à accroître la productivité et la rentabilité de l'activité économique afin d'atteindre l'objectif final : l'augmentation du profit, condition *sine qua non* de l'investissement indispensable à la pérennité et le développement de l'entreprise. Comme l'écrit un auteur, « la clef de cet enchaînement, c'est le profit. Dans une économie de marché, il n'y a pas de survie possible sans profit : croissance et profit sont indissociablement liés »². Décidées afin de garantir la continuité de l'entreprise dont dépendent le maintien, si ce n'est total, au moins partiel de l'emploi et la création de richesse, les restructurations proactives se distinguent des « restructurations financières » dont l'apparition, liée à la financiarisation de l'économie, est plus récente. À la différence des restructurations défensives ou offensives, ces opérations ne sont pas décidées afin d'accroître ou d'améliorer la rentabilité économique de l'entreprise et de générer des profits ; seule compte la rentabilité à court terme sur les marchés financiers³.

¹ Comme le souligne à juste titre Jean Michel PLASSARD, « le marché se cale sur une logique financière qui pousse à licencier, l'annonce de licenciements pouvant constituer dans certains cas un signal positif de rentabilité », J.-M. PLASSARD, « Conséquences des restructurations sur l'emploi », in *Des restructurations et des hommes*, sous la direction de T. LEMASLE et P.E. TIXIER, Dunod 2000.

² L. DABIN, art. préc. ; C. MASQUEFA, th. préc., p. 23

³ En ce sens, J.-M. PLASSARD, art. préc. ; C. HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », RDT 2008, p. 288 ; C. HANNOUN, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », RDT 2010, p. 22 ; C. HANNOUN, « Gouvernance de l'entreprise et direction des salariés », SSL 2011, n° 1508, numéro spécial, « Treize paradoxes du droit du travail » ; M. KOCHER, « L'actionnariat salarié : à la croisée des chemins de la gouvernance », Dr. soc. 2014, p. 540.

9. Restructurations « financières » destinées à accroître la rentabilité financière de l'entreprise, devenue marchandise¹. En faisant émerger aux côtés du traditionnel capitalisme industriel un capitalisme financier, la financiarisation de l'économie a profondément modifié l'orientation des décisions de gestion et contribué à l'apparition d'un nouveau type de restructurations : les restructurations à visée financière. Initialement apparue dans la littérature économique, l'expression « financiarisation » connaît depuis une vingtaine d'années un véritable essor, gagnant « toutes les disciplines au point de devenir aujourd'hui, au gré de l'actualité, un mot du langage courant », sans pour autant qu'en soit nécessairement saisie l'essence². Comme l'écrit Charley HANNOUN, la financiarisation de l'économie est avant tout « un processus ressenti par tous, celui de l'importance grandissante des marchés financiers et des nouveaux acteurs qui l'accompagnent »³. François Hollande ne déclarait-il pas lors de la campagne présidentielle de 2012 « Dans cette bataille qui s'engage, je vais vous dire qui est mon adversaire, mon véritable adversaire. Il n'a pas de nom, pas de visage, pas de parti, il ne présentera jamais sa candidature, il ne sera donc pas élu, et pourtant il gouverne. Cet adversaire, c'est le monde de la finance. Sous nos yeux, en vingt ans, la finance a pris le contrôle de l'économie, de la société et même de nos vies. »⁴ ?

La financiarisation de l'économie est intrinsèquement liée à sa globalisation qui a permis l'émergence d'un marché financier mondial déréglementé et libéralisé, construit autour de grandes places financières internationales⁵. Elle repose sur un nouveau mode de financement des entreprises. Dans une économie désintermédiée, les entreprises se tournent vers les acteurs financiers, les marchés, pour faire face à leurs besoins de trésorerie, ces acteurs se substituant peu à peu aux banques dans leur rôle de financement et de soutien de l'économie⁶. Or, la mainmise des acteurs financiers sur les entreprises induit de « nouvelles

¹ C. HANNOUN, art. préc.

² C. HANNOUN, art. préc.

³ C. HANNOUN, art. préc.

⁴ François HOLLANDE, Discours prononcé au Bourget le 22 janvier 2012 dans le cadre de la campagne présidentielle.

⁵ Comme le rappelle Charley HANNOUN, « Le processus remonte à 1980 qui marque un tournant dans les politiques publiques tendant à substituer au système de financement des entreprises par création monétaire avec un effet inflationniste, un système de financement par recours direct aux marchés financiers en limitant l'intermédiation. C'est le point de départ de la financiarisation suscitée par la réforme des marchés financiers, la création de nouveaux produits financiers et la diversification des valeurs mobilières. » ; C. HANNOUN, art. préc.

⁶ C. HANNOUN, art. préc.

méthodes de rentabilisation des investissements qui se distinguent de celles qui prévalent dans une économie industrielle »¹.

10. En effet, capitalisme industriel et capitalisme financier reposent sur des fondements axiologiques différents, pour ne pas dire opposés. Le premier envisage la rentabilité du capital à travers les dividendes, revenus de l'entreprise générés grâce à son activité économique ; cette orientation aboutit à la pérennisation d'un capital qui a vocation à s'accumuler, par l'exploitation de l'outil de production destiné à créer des richesses grâce aux biens et services produits par l'entreprise ; le second se préoccupe essentiellement, pour ne pas dire uniquement, de la rentabilité financière de l'entreprise sur les marchés. Ainsi, l'objectif des « investisseurs » financiers n'est pas d'assurer l'essor économique de l'entreprise, le développement de son activité, la progression de sa compétitivité afin de générer des bénéfices grâce auxquels ils pourront percevoir des dividendes leur assurant un « retour sur investissement » enrichissant. Leur souci est tout autre ; il n'est pas d'ordre patrimonial ou commercial. La rentabilité de leur investissement n'est envisagée qu'à court terme à travers la valorisation financière de l'entreprise sur les marchés en vue de sa cession². Les décisions de gestion et de restructuration ne sont plus guidées par une rationalité économique mais par une rationalité financière. La création de valeur n'est plus appréciée à travers le prisme d'une politique d'investissement sur le moyen/long terme dans l'activité économique de l'entreprise pour accroître sa rentabilité. Pour ces « investisseurs » financiers seule compte la valeur actionnariale de la société sur les marchés financiers, que les décisions de restructuration doivent contribuer à augmenter afin que les détenteurs de titres puissent les revendre en optimisant leur plus-value³.

11. La financiarisation de l'économie a contribué à l'apparition et à la multiplication de restructurations « d'un genre nouveau » tendant à favoriser une meilleure valorisation de l'entreprise sur les marchés à court terme. « Diminution des coûts, rationalisation de l'organisation, resserrement des niveaux hiérarchiques, informatisation, redécoupage des activités afin de rendre plus transparentes les sources de la création de valeur, (...), l'entreprise est entièrement repensée dans ses dimensions organisationnelles, productives et humaines en vue de la cession de la société, et non pour l'améliorer de manière pérenne en

¹ C. HANNOUN, art. préc.

² C. HANNOUN, art. préc. ;

³ C. HANNOUN, art. préc. ; M. KOCHER, art. préc.

tant qu'outil de production »¹. Il n'est pas rare que des dirigeants d'entreprise justifient les décisions de restructuration en invoquant des contraintes imposées par les marchés², décideurs « sans visage » réclamant une réduction des charges de l'entreprise notamment par l'allègement de la masse salariale grâce à des licenciements collectifs ou à des externalisations, opérations en plein essor auquel la financiarisation de l'économie est loin d'être étrangère. Les annonces de compressions d'effectif sont ainsi valorisées par les acteurs financiers qui y voient la promesse de la réalisation d'économies à court terme, et se traduisent généralement par une hausse quasi-mécanique du cours des titres de l'entreprise³. En décidant d'externaliser les activités secondaires de l'entreprise et de recentrer son activité sur son « cœur de métier », la direction de l'entreprise offre aux investisseurs financiers davantage de lisibilité et de transparence sur l'origine de ses résultats, leur permettant de mieux mesurer les performances des différents secteurs économiques et ainsi de choisir, en toute connaissance de cause, d'investir (ou non) dans celui qui leur paraît le plus rentable à court terme⁴. De surcroît, les externalisations impliquant la scission de l'entreprise ou la cession d'une partie de son activité lui permettent de réaliser des économies en termes de masse salariale. En effet, une partie de la collectivité de travail sera transférée vers l'entreprise cessionnaire⁵ qui assumera les coûts salariaux voire, malheureusement relativement fréquemment, la charge des licenciements pour motif économique. Opérations « gagnantes-gagnantes » d'un point de vue financier, rien ne garantit en revanche qu'elles le soient d'un point de vue économique, et encore moins social...

De nos jours coexistent donc des restructurations décidées dans l'intérêt de l'entreprise qu'il s'agisse de lui permettre de faire face à des difficultés conjoncturelles ou de procéder aux ajustements organisationnels indispensables à la sauvegarde de sa compétitivité ou à l'amélioration de sa rentabilité économique, et d'autres dont la seule finalité est la valorisation financière de la société sur les marchés, objectif souvent étranger, voire contraire, à l'intérêt de l'entreprise, censé pourtant être « la boussole de tout acte de gestion ».

¹ C. HANNOUN, art. préc.

² C. HANNOUN, art. préc.

³ J.-M. PLASSARD, art- préc. ; C. HANNOUN, art. préc.

⁴ C. HANNOUN, art. préc.

⁵ En effet, lorsqu'une restructuration consiste à transférer une entité économique autonome dont l'activité est reprise et exploitée dans des conditions similaires par le repreneur, celui-ci est tenu de poursuivre l'exécution des contrats de travail des salariés affectés à l'entité, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

12. Restructurer une entreprise : une décision libre et menaçante. Qu'elles soient défensives, offensives ou à visée purement financière, les restructurations présentent deux caractéristiques communes : elles sont librement arrêtées par la direction de l'entreprise¹, et peuvent porter atteinte à différents intérêts.

13. À l'exception des entreprises soumises à une procédure collective², les dirigeants de l'entreprise décident librement de procéder à sa restructuration et de la « forme » d'ajustement structurel la plus appropriée pour atteindre l'objectif assigné à l'opération (surmonter des difficultés économiques, accroître la productivité de l'entreprise, optimiser l'utilisation des facteurs de production, augmenter ses parts de marchés, en conquérir de nouveaux, diversifier ses activités ou cesser d'exploiter celles qui sont accessoires, réduire les coûts, réaliser des économies d'échelle, s'implanter à l'étranger, augmenter la rentabilité financière, etc.)³. Aucune discipline juridique ne remet en cause la décision de restructuration, qu'il s'agisse de son principe même, de « sa forme » ou de l'objectif qu'elle poursuit⁴.

Dictés par des considérations économiques, financières, entrepreneuriales ou stratégiques, les projets de restructurations arrêtés par les dirigeants de l'entreprise échappent à l'emprise du droit en général, et du droit social en particulier, impuissants face à ces décisions relevant de la liberté d'entreprendre. Au même titre que les objectifs économiques, sociaux, financiers ou encore productifs assignés à l'entreprise sont déterminés et hiérarchisés unilatéralement par la direction de l'entreprise, celle-ci est seule juge de la nécessité ou de l'opportunité de réorganiser l'entreprise et des modalités d'ajustement structurel les mieux à même d'atteindre ces objectifs. Le Conseil constitutionnel veille avec un zèle tout particulier à ce que le législateur ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre « surprotégée » par les Sages, au grand dam d'ailleurs de tous ceux qui considèrent que le Conseil outrepassé ses fonctions en substituant son appréciation à celle du législateur qui ne saurait pour sa part, sauf

¹ Sous réserve toutefois de l'ouverture d'une procédure collective, hypothèse dans laquelle le sort de l'entreprise est dans une certaine mesure « remis entre les mains du juge ». Il lui revient en effet « d'apprécier non seulement la viabilité de l'entreprise, mais aussi la forme la meilleure pour pouvoir assurer cette viabilité » (S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, préc. C. HALARY-SAINT-HOUIN, L.G.D.J., bibl. dr. priv., tome 296, 1998.) Si pour cette raison, Christine MASQUEFA exclut de son étude sur la notion de restructuration les opérations décidées dans le cadre d'une procédure collective (C. MASQUEFA, th. préc., p. 8), tel n'est pas notre cas à l'instar, de Patrick MORVAN qui en traite également dans son ouvrage *Restructurations en droit social*, précité.

² C. HANNOUN, art. préc.

³ J. PAILLUSSEAU, *Le management du rapprochement structurel des entreprises (Aspects économiques, sociaux, financiers et juridiques)* : JCP, 1987, éd. E. II, 14910, spéc. n°21 p188 ; Pour un panorama complet des objectifs poursuivis par les entreprises lors d'une décision d'ajustement structurel, v. E. ROBÉLLAZ, *L'acquisition des entreprises à l'orée de 1989*, RDAI, n°4/5-1989 ; C. MASQUEFA, th. préc. p 26

⁴ C. MASQUEFA, th. préc., p26.

à encourir la censure, édicter une norme habilitant le juge à substituer son appréciation à celle de l'employeur sur un choix relatif à la gestion de son entreprise¹.

14. Librement arrêtée, la décision de restructuration menace les divers intérêts impliqués dans l'entreprise, mais également des intérêts externes, voire l'intérêt même de l'entreprise². Certes, les décisions de gestion et de restructuration sont en principe censées être arrêtées en tenant compte d'une seule variable : l'intérêt de l'entreprise qui transcende celui des diverses parties intéressées, dont il réalise en quelque sorte une conciliation téléologique. Il existe un débat autour de la notion d'intérêt social qui peut schématiquement être résumé ainsi : soit on considère, en vertu de l'article 1833 du Code civil, qu'il se résume à l'intérêt commun des associés ou des actionnaires³, soit on estime qu'il s'apparente en réalité à l'intérêt de la personne morale et, dans ce cas, il est assimilé à l'intérêt de l'entreprise. Il peut être alors défini comme « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome⁴, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspond à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise »⁵. Nous souscrivons volontiers à la seconde acception, raison pour laquelle, à l'instar de Christine MASQUEFA, nous considérons que l'intérêt même l'entreprise peut être menacé par certaines restructurations, particulièrement celles à visées financières. En effet, lorsqu'est décidée la cessation d'exploitation d'une activité rentable afin d'accroître la rentabilité financière de l'entreprise, son intérêt n'est-il pas menacé ? tout comme il peut l'être lorsqu'est décidé le rachat d'une entreprise en difficulté dans le seul but de la démanteler et d'en céder les divers éléments d'exploitation⁶. De même, une restructuration consistant à augmenter le capital, en faisant appel aux marchés afin de permettre à l'entreprise d'accroître

¹ Ce fut notamment le cas des trois dernières « grandes réformes » : concernant la loi de modernisation sociale (loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002, JORF, 18 janv. 2002), Cons. const. déc. n° 2001-455 DC; la loi de programmation pour la cohésion sociale (loi n°2005-32 du 18 janv. 2005, JORF, 13 janv. 2005), Cons. const. décision n°2004-409 ; loi relative à la sécurisation de l'emploi (loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, JORF 16 juin 2013). Cons. const. n° 2013-672 DC : loi visant à reconquérir l'économie réelle (n° 2014-384 du 29 mars 2014, JORF du 1^{er} avr. 2014), Cons. cons., décision n° 2014-692 du 27 mars 2014

² C. MASQUEFA, th. préc., p 38, n°50 et s.

³ Art. 1833 du Code civil : loi n°78-9 du 4 janv. 1978, JORF, 5 janv. 1978

⁴ Pour mémoire, l'entreprise n'est pas dotée de la personnalité morale, seule la société l'est.

⁵ Rapport VIÉNOT, CNPF-AFEP, le conseil d'administration des sociétés cotées, éd. ETP, 1995, p. 10 et s. ; V. C. MASQUEFA, th. préc. p 38

⁶ Sur ce débat, J. SHAPIRA, *L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme*, : Rev. trim. dr. com. 1971, p957 ; sur la relation entre intérêt social et intérêt de l'entreprise, n°3, p. 958 ; B. SOUSI, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th. dactyl. Lyon III, 1974 ; D. SCHIMDT, *De l'intérêt social*, JCP, 1995, éd. E, I, 488 ; C. MASQUEFA, th. préc. p38

ses fonds propres pour assurer son expansion, peut menacer l'intérêt de l'entreprise, exposée au risque que lui « font courir les capitaux infidèles »¹.

15. Pour ce qui concerne les différentes parties prenantes à l'entreprise, une restructuration entraînant une importante modification du capital social peut menacer les intérêts des associés ou des actionnaires minoritaires lorsqu'elle remet en cause le pacte social, voire l'*affectio societatis* en portant potentiellement atteinte aux droits et pouvoirs qu'ils détiennent au sein de la société².

Surtout, les restructurations mettent en péril les intérêts tant individuels que collectifs des salariés dont l'avenir est assombri par l'annonce de la mise en œuvre de l'opération. Comme l'écrit Christine MASQUEFA, si « par leur travail, leur savoir-faire, [les salariés] bâtissent la prospérité de l'entreprise et participent à son dynamisme (...) ils sont souvent les premières victimes d'une telle opération »³. L'entreprise étant le cadre d'organisation des relations individuelles et collectives de travail ; toute modification dans sa structure induit potentiellement des répercussions sur la situation des salariés. Nombre de ces opérations menacent ainsi leur emploi et, partant, leur sécurité économique et matérielle, mais également leur « statut social » dans la mesure où l'emploi, outre la source de revenu qu'il constitue, est également un élément essentiel de l'identité de la personne, dans notre société. Les restructurations peuvent entraîner un changement d'employeur, de fonctions, de lieu de travail⁴. Elles ont le plus souvent un impact sur les conditions de travail et la santé des salariés, notamment mentale, les risques psychosociaux induits par les restructurations se traduisant fréquemment par une augmentation des pathologies liées au stress⁵.

Les restructurations sont également susceptibles de mettre en cause le statut collectif dont jouissent les salariés, de rendre impossible le maintien de leurs régimes d'épargne salariale, d'affecter les garanties collectives dont ils bénéficient en matière de prévoyance ou de retraite supplémentaire et leurs droits à prestation au titre de ces régimes. Le droit

¹ J.-P. SOISSON, *op. préc.*

² Intérêt qui pourrait résider « essentiellement dans la vie et la croissance de l'organisme économique », C.A. Paris, 22 mai 1965, *Affaire Fruehauf*, JCP, 1965, 14274, bis, concl. P NEPVEU ; R. CONTIN, , D. 1968, chron. p. 45 ; Sur la reconnaissance d'un intérêt propre mais non autonome de l'entreprise : R. ROUTIER, *les fusions de sociétés commerciales. Prolégomènes pour un nouveau droit*, G. J. MARTIN, LGDJ, biblio. dr. privé., tome 237, 1994 ; C. MASQUEFA, th. préc. p 39

³ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, th. ss la direction de G. CORNU, Economica., 1985 ; H. LE NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise*, thèse, Rennes, 1985, p. 494 ; C. MASQUEFA, th. préc. p39

⁴ G. LYON-CAEN, *op. préc.*

⁵ L'American Management Association met en évidence une forte progression des pathologies liées au stress dans les entreprises restructurées, Right Management, *13th myths and facts about doxnsiziong*, 2002, Myth n°13 ; P. MORVAN, « La mode des risques psychosociaux », Dr. soc. 2013, p965.

fondamental des salariés à participer à la gestion de l'entreprise et à la détermination de leurs conditions de travail¹ peut également être affecté par ces opérations qui, en modifiant l'organisation structurelle de l'entreprise sur laquelle est calquée celle des institutions représentatives du personnel, peut entraîner leur disparition.

16. S'ils sont les plus vulnérables face aux restructurations, les salariés ne sont pas les seuls dont les intérêts sont menacés par l'opération qui peut également avoir des répercussions négatives à « l'extérieur » de l'entreprise. Une entreprise est partie intégrante d'un tissu économique et social sur lequel sa restructuration est susceptible d'emporter des conséquences parfois dramatiques. Certaines opérations, consistant par exemple à fermer un établissement ou à cesser d'exploiter une activité implantée de longue date dans une région, ont généralement des incidences sur les principaux partenaires de l'entreprise. L'activité et la survie économique de ses sous-traitants et fournisseurs, peuvent éventuellement dépendre en grande partie des commandes de l'entreprise donneuse d'ordre. La fermeture d'un site de production ou le prononcé d'un licenciement collectif de très grande ampleur induit, le plus souvent, une réduction des recettes fiscales et, partant, une contraction du budget des collectivités territoriales, mais aussi un ébranlement du marché local du travail résultant de la destruction massive d'emplois dans le bassin, qu'il s'agisse d'emplois directs ou indirects par un « effet domino » atteignant fournisseurs et sous-traitants. Au-delà des partenaires de l'entreprise, d'autres acteurs économiques peuvent pâtir de la fermeture d'un site et du licenciement consécutif de l'ensemble de son personnel, particulièrement dans les bassins d'emploi « mono-industrie » dont le développement économique et social s'est bâti autour de l'implantation du site menacé de fermeture. Ce sont alors non seulement les artisans et commerçants dont l'essentiel de la clientèle était composée des salariés du site et de leur famille qui voient leur activité menacée par la restructuration, si la destruction d'emplois n'est pas compensée par l'implantation d'activités nouvelles créatrices d'emplois, mais aussi les infrastructures publiques créées pour offrir aux salariés et à leurs familles l'accès à différents services publics qui sont en danger : les écoles, les hôpitaux (ou certains services) risquent de disparaître faute d'usagers « en nombre suffisant », les salariés licenciés ayant été contraints de quitter la région pour retrouver un emploi, etc.

¹ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, alinéa 8

17. De l'existence d'intérêts menacés, naît une exigence de protection¹. Or, si les intérêts des salariés sont menacés par les décisions de restructuration, celui des entreprises est également souvent en jeu comme le rappellent les partenaires sociaux européens. « *Malgré [leurs] conséquences sociales parfois douloureuses, les restructurations d'entreprises sont non seulement inévitables mais aussi un moteur de changement. Elles contribuent à accroître la productivité et à introduire les nouvelles technologies. En ce sens, il importe de ne pas se contenter de les ignorer ou de s'y opposer. La prise en compte appropriée de l'impact social des restructurations et la recherche de solutions contribuent grandement à les accepter et à accroître son potentiel positif. Pour cela, il faut combiner de manière efficace et équilibrée les intérêts des entreprises, confrontées à des changements des conditions régissant leur activité, et ceux des salariés, menacés de perdre leur emploi* »², combinaison qu'il appartient au droit social, et plus particulièrement au droit du travail, de réaliser.

18. **Le droit social, à la recherche d'un compromis permanent.** Le droit social appréhende les restructurations dont l'encadrement incombe essentiellement au droit du travail, le droit de la protection sociale n'intervenant que « marginalement », essentiellement pour déterminer le sort des droits des salariés issus des régimes de prévoyance complémentaire et de retraite complémentaire et/ou supplémentaire. Le droit du travail, entendu comme « l'ensemble des règles ayant pour base, dans le secteur privé, les relations de travail existant entre un employeur et un ou plusieurs salariés et régissant les rapports individuels et collectifs »³, joue pour sa part un rôle essentiel dans la régulation des conséquences sociales des décisions de restructurations, face auxquelles il est impuissant. La question de l'orientation du droit du travail divise la doctrine depuis les origines, certains lui assignent la mission de pallier le déséquilibre inhérent à la relation de travail induit par la subordination juridique d'une partie à l'autre. D'autres le somment de prendre en compte les contraintes de l'activité économique pour accompagner l'employeur dans sa recherche du bien commun. La vérité est sans doute dans le compromis que le droit du travail cherche à réaliser entre ces deux tendances.

19. Comme le soulignait Gérard LYON-CAEN, le droit du travail est « nécessaire à la régulation des rapports qui président à la vie économique en instituant un équilibre (toujours

¹ C. MASQUEFA, thèse préc.

² Texte commun des partenaires sociaux au niveau européen, préc. ; H. OUASSI, thèse préc.

³ Définition posée par le Lexique des termes juridiques Dalloz, précité.

instable) entre les besoins des entreprises - employeurs -, et les revendications de ceux qui travaillent pour elles. Il donne son cadre au marché »¹. C'est « un élément fondamental du fonctionnement du capitalisme » dans la mesure où il est censé en limiter les dérives², en organisant « une forme de compromis entre, d'un côté, le besoin des entrepreneurs de s'assurer une main d'œuvre stable et l'engagement de leur personnel au bénéfice de l'entreprise et, de l'autre, le besoin de sécurité, revendiquée sans doute par les travailleurs, mais aussi gage de leur engagement »³.

Si certains contestent la teneur juridique ou l'orientation du compromis réalisé par le droit du travail entre besoins des entrepreneurs et des salariés, il n'en reste pas moins qu'il est par essence un droit ambivalent⁴ ; en témoigne notamment la première mesure relative aux restructurations adoptée en droit du travail⁵. S'inspirant d'une disposition du droit allemand en vigueur en Alsace-Moselle, la loi du 19 juillet 1928 a introduit en droit français le maintien obligatoire du contrat de travail avec le nouvel employeur en cas de transfert d'entreprise. Ce principe, dont le siège est désormais l'article L. 1224-1 du Code du travail, protège certes l'intérêt des salariés en obligeant le repreneur de l'entité à maintenir les emplois qui y sont attachés, mais il préserve également celui de l'entreprise cessionnaire qui a besoin d'une main d'œuvre qualifiée pour faire fonctionner les outils de production et poursuivre l'exploitation de l'activité économique, condition indispensable à la production de richesses. De surcroît, imposer le transfert des contrats de travail vers l'entreprise cessionnaire présente un avantage pour la direction de l'entreprise qui a décidé de céder une partie de son activité. Ainsi, l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail permet-il à une entreprise dont la direction souhaite recentrer l'activité sur son cœur de métier de réduire ses charges puisque la masse salariale est externalisée en même temps que l'activité. Plus cyniquement mais malheureusement parfois à raison, on peut même considérer comme Philippe WAQUET que réaliser une restructuration justiciable de ce texte est pour les entreprises un « moyen de se

¹ G. LYON-CAEN, *op. préc.*, p. 4.

² J. ICARD, « Analyse économique du licenciement pour motif économique », CSBP 2006, n° 183, p. 363.

³ A. LYON-CAEN, *art. préc.*

⁴ G. LYON-CAEN, *op. préc.*

⁵ Bien avant elle, la loi de 1898 sur les accidents du travail témoignait déjà de l'ambivalence inhérente à la matière. En effet, comme le rappelle Elie ALFANDARI cette loi « assurait une indemnisation forfaitaire des salariés, sans que ceux-ci aient à prouver une faute de l'employeur. Cette loi a été présentée, et l'est encore, comme une loi de progrès social. On oublie seulement que cette loi était en chantier depuis de nombreuses années, que le monde des entreprises s'opposait à cette mesure, et qu'au contraire, il a réclamé lui-même cette loi parce que, peu de temps auparavant, la jurisprudence avait admis la réparation intégrale de la victime, sans preuve de la faute, par le gardien de la chose qui avait causé dommage. Pour le monde des entreprises, donc, cette loi réputée « sociale » représentait un moindre coût économique, par rapport à ce qu'avait décidé la jurisprudence. » E. ALFANDARI, *Le droit au sein des rapports entre l'« économique » et le « social »*, in *Les orientations sociales du droit contemporain*, : écrits en l'honneur du professeur J. SAVATIER, p 31

défaire sans bourse délier de toute une partie de son personnel » en transférant « les contrats de travail à un employeur plus ou moins fantôme ou fictif, [déposant] son bilan peu de temps après »¹.

Par ailleurs, lorsque la cession n'est pas décidée pour transférer la charge des licenciements mais qu'elle répond simplement à une volonté de rationaliser l'organisation de l'entreprise, ou encore de rendre plus transparente et lisible l'origine de ses performances pour les marchés financiers, le transfert des contrats de travail vers le nouvel employeur n'est pas toujours favorable aux salariés, loin sans faut. En témoignent notamment certaines « affaires », dans lesquelles les salariés saisissent la justice pour que soit reconnue l'inapplication de l'article L. 1224-1 du Code du travail afin de pouvoir rester au service de leur employeur initial². En effet, travailler dans une grande entreprise ou dans une filiale d'un groupe important présente de nombreux avantages pour les salariés ; ils y jouissent en général d'avantages collectifs plus importants que ceux auxquels ils pourront prétendre chez le nouvel employeur lorsque celui-ci dirige une PME « autonome ». Il est à ce titre symptomatique que la Cour de cassation ait récemment reconnu l'existence d'un préjudice consistant à priver « *les salariés d'une chance de conserver un emploi au sein du groupe* » à la suite de l'externalisation d'une activité, justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail³. Si de prime abord ce texte apparaît protéger exclusivement les intérêts des salariés, tel n'est pas le cas comme l'illustre d'ailleurs le fait que nombreux sont les salariés à vouloir s'opposer au transfert de leur contrat, alors même que le droit français leur dénie cette faculté. Il préserve également les intérêts des entreprises cédante et cessionnaire mettant ainsi en exergue l'ambivalence du droit du travail. Ne pouvant ignorer la vulnérabilité des salariés lorsque leur employeur décide de restructurer son entreprise, le droit du travail, dans sa fonction de régulateur d'éventuelles dérives capitalistes⁴, tente de juguler les conséquences potentiellement néfastes de ces décisions sur lesquelles il n'a aucune emprise grâce à la mobilisation, plus ou moins importante, de toutes les sources du droit social.

¹ P. WAQUET, « Libres propos sur l'externalisation », SSL 2000, n° 999, p. 7.

² L'une des plus fameuses étant celle concernant l'externalisation d'un atelier de l'entreprise *Perrier* ; Cass. soc., 18 juil. 2000, *Perrier*, Bull. icv. V, n° 285 ; Dr. soc. p. 850 ; G. COUTURIER, « L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'externalisation », Dr. soc. 2000, p. 845 ; B. BOUBLI, rapp., « Externalisation et L. 122-12 ou les affaires *Perrier* », SSL 2000, n° 992, p. 5 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Externalisations et applications de l'article L. 122-12 du Code du travail : le clash ! », SSL 2000, n° 996, p. 7 ; note B. SAINTOURENS, Bull. Joly sociétés 2000, p. 975.

³ En l'espèce, un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences conclu au sein du groupe SFR contenait un engagement de maintenir la stabilité des effectifs du groupe SFR, engagement violé selon la Cour par la décision d'externalisation ayant entraîné le transfert des contrats de travail hors du groupe en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Cass. soc., 18 juin 2014, n° 12-18.589, JCP E 2014, act. 250.

⁴ J. ICARD, art. préc.

20. *Appréhension des restructurations par le droit social international.* Si les restructurations ont pris une dimension internationale notamment du fait de la mondialisation de l'économie et de l'expansion de firmes ou de groupes multinationaux, l'apport du droit international relatif à la régulation des restructurations est mineur. Au niveau international, mis à part les textes relatifs aux droits fondamentaux qui, pour certains d'entre eux, concernent spécifiquement les droits des travailleurs, seules trois conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) accordent aux salariés une protection minimale en cas de restructuration. « Le risque inhérent en définitive à toute activité commerciale, industrielle ou économique, n'est pas un élément du contrat de travail. Le salarié n'a pas à assumer cet aléa. Son incidence sur l'emploi et les salaires doit être limitée, réduite à défaut d'être nulle »¹. À ce titre, ces conventions s'attachent pour l'une d'elles à édicter des mesures relatives à la protection contre le licenciement, quand les deux autres tentent d'assurer le paiement des créances salariales. La convention n°182 du 22 juin 1982 relative au licenciement comporte ainsi des stipulations dédiées au licenciement pour motif économique². Outre l'existence de justification légitime fondant tout licenciement³ et la possibilité offerte à tout salarié d'exercer un recours devant une autorité impartiale afin de contester le bien-fondé de la rupture de son contrat⁴, cette convention impose l'information/consultation des représentants des travailleurs en cas de projet de licenciement collectif⁵. Ceux-ci doivent ainsi disposer en temps utile des informations pertinentes relatives au projet, parmi lesquelles les motifs des licenciements envisagés, le nombre et les catégories de travailleurs concernés et la période au cours de laquelle il est prévu d'y procéder. Surtout, l'employeur doit « *offrir aussi longtemps à l'avance possible, l'occasion aux représentants des travailleurs intéressés d'être consultés sur les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les licenciements et les mesures visant à atténuer les effets défavorables de tout licenciement pour les travailleurs intéressés, notamment les possibilités de reclassement dans un autre emploi.* »⁶. De surcroît, la convention prévoit que l'employeur doit informer l'autorité compétente (*id est* pour ce qui concerne la France, l'Administration du travail) de son projet et lui fournir les mêmes

¹ Y. CHAGNY, « Quelques aspects de la garantie des créances résultant du licenciement pour motif économique par l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.* 2002, n° 264, p. 56.

² Convention OIT n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée le 22 juin 1982, ratifiée par la France le 16 mars 1989.

³ Convention OIT n° 158, du 22 juin 1982, préc., art. 4.

⁴ Convention OIT n° 158, du 22 juin 1982, préc., art. 8.

⁵ Convention OIT n° 158, du 22 juin 1982, préc., art. 13.

⁶ Convention OIT n° 158, du 22 juin 1982, préc., art. 14.

informations que celles délivrées aux représentants du personnel. Cette convention n'a eu que peu d'effet sur le droit français en matière de restructuration¹, puisque celui-ci prévoyait déjà ce type de mesures. S'agissant des deux conventions relatives à la protection des créances salariales, celle du 1^{er} juillet 1949 prévoit qu'« *en cas de faillite ou de liquidation judiciaire d'une entreprise* », ces créances sont assorties d'un privilège et doivent être payées avant les autres dettes de l'entreprise² ; quant à celle du 23 juin 1992, qui n'a pas été ratifiée par la France, elle stipule que le paiement des créances salariales « *doit être garanti par l'intermédiaire d'une institution de garantie lorsqu'il ne peut être effectué par l'employeur en raison de son insolvabilité.* »³, institution qui existe en France depuis 1973, date de création de l'Association pour la Gestion du régime de garantie des Salariés (AGS)⁴.

21. Droit européen. Au cours des années 1970 période qualifiée par certains de « belle époque » ou « d'âge d'or » du droit social européen⁵, les autorités européennes ont adopté trois directives en cinq ans afin d'assurer une protection minimale aux salariés européens en cas de restructuration. Celles-ci ont en effet pris conscience que l'élargissement du marché induisant une concurrence accrue imposait aux entreprises d'adapter plus souvent, et de manière plus importante, leurs structures aux évolutions du marché commun. La première directive fut celle du 17 février 1975 dont l'objectif était de définir un socle minimal de protection à l'ensemble des salariés européens face aux licenciements collectifs et incidemment d'harmoniser les conditions sociales de la concurrence entre les entreprises intervenant sur le marché commun. Modifiée une première fois par celle du 24 juin 1992, puis par celle du 20 juillet 1998 qui procéda à sa codification⁶, cette directive s'attache à préserver autant que faire se peut les intérêts des salariés face aux décisions de restructuration induisant

¹ Elle fut en revanche la pierre angulaire de l'abrogation du CNE ; Sur cette question, V. J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24^{ème} éd., 2008, p. 329

² Convention OIT n° 95, du 1^{er} juillet 1949, sur la protection du salaire, ratifiée par la France le 20 septembre 1951

³ Convention OIT n° 173, du 23 juin 1992, concernant la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur.

⁴ Loi n° 73-1194, du 27 déc. 1973, tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail, JORF du 30 déc. 1973, p. 14145.

⁵ R. BLANPAIN, J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail communautaire*, LGDJ, 2^{ème} éd., spéc. p. 279 ; H. OUASSI, th. préc.

⁶ Dir. 75/129/CEE, du 17 fév. 1975, JOCE L 48 du 22 fév. 1975, p. 29, modifiée par la directive n° 92/56/CEE, JO L 245 du 26 août 1992, p. 3, toutes deux abrogées par la directive n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs

un licenciement collectif, en imposant l'information/consultation de leurs représentants sur le projet et sur les mesures à mettre en œuvre afin d'en atténuer les conséquences sociales¹.

22. En 1977, les autorités européennes réalisèrent qu'il était nécessaire de préserver les droits des salariés en cas de restructurations prenant la forme d'un transfert total ou partiel d'activité. Fut ainsi adoptée une directive destinée à « *protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits* »². Si, près de cinquante ans avant l'adoption de cette directive, le législateur français avait déjà prévu le maintien automatique et impératif des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, principe également édicté dans cette directive, celle-ci n'en a pas moins eu une influence déterminante sur l'encadrement français des conséquences sociales des transferts d'entreprise. Plus qu'ailleurs en effet, on peut mesurer l'importance de l'influence du droit social européen et de la dynamique de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'union Européenne (CJUE) notamment sur les conditions du maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur.

Cette directive a ainsi conduit à l'adoption de dispositions relatives au sort des droits collectifs des salariés en cas de restructuration, problématique qui, avant qu'il n'y soit contraint par le droit européen, n'avait guère suscité l'intérêt du législateur en dépit des enjeux économiques et sociaux capitaux qu'elle recèle³. La nécessaire mise en conformité du droit français au droit européen conduisit ainsi le législateur à imposer en 1982 le maintien de la représentation du personnel, lorsque l'entité dans laquelle elle est implantée conserve son autonomie après l'opération⁴. C'est également sous l'impulsion du droit européen que fut instaurée en 1983 une solidarité entre employeurs successifs pour garantir le paiement des

¹ Qu'il s'agisse de réduire le nombre de licenciements projetés ou d'offrir aux salariés le bénéfice d'actions tendant à accroître leurs chances de retrouver un emploi.

² Dir 77/187/CEE relatives au maintien des droits de travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, J.O.C.E., n° L 61/26, 5 mars 1977

³ Il avait toutefois dès 1971 imposé la survie temporaire des accords dont l'application était mise en cause par une restructuration, dont les salariés pouvaient continuer à se prévaloir pendant une durée d'un an lorsqu'aucun accord n'avait été conclu dans ce délai pour remplacer les accords mis en cause (Loi n°71-561, du 13 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du Chapitre IV-bis du Titre II du Livre I du code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du Titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 relatives à la procédure de médiation, JO du 14 juillet 1971, p. 6939.). La protection des droits conventionnels des salariés fut renforcée par la suite en 1982, par la loi du 13 novembre 1982 qui instaura le maintien des avantages individuels acquis lorsqu'à l'expiration du délai de survie provisoire, aucun accord de substitution n'avait été conclu (Loi n° 82-957, du 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux), JORF du 14 novembre 1982 p. 3414).

⁴ Loi n° 82-915, du 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel (deuxième loi Auroux), JORF du 29 oct. 1982, p. 3255.

créances salariales antérieures au transfert, malgré la substitution d'employeurs¹. Cette directive et celles qui lui succédèrent, dont certaines dispositions ont été maladroitement transposées en droit français² quand d'autres ne le sont toujours pas alors même qu'elles devraient l'être depuis plus de dix ans³, constituèrent ainsi un progrès considérable dans la protection des salariés face aux restructurations.

23. Enfin, la nécessité de préserver, dans la mesure du possible, la situation des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur et de prendre en compte la spécificité de la situation des entreprises soumises à une procédure collective a conduit à l'adoption en 1980 d'une directive destinée à protéger les salariés d'une entreprise en difficulté, directive dont les lacunes furent comblées par la jurisprudence européenne et l'adoption de la directive du 23 septembre 2002, abrogée par celle du 22 octobre 2008 codifiant les dispositions relatives à la préservation des droits des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur⁴.

24. Si ces directives contribuent à atténuer les répercussions potentiellement néfastes des restructurations sur la situation des salariés, leur objectif est également (essentiellement ?) de créer les conditions d'une concurrence équitable au sein du marché commun entre les entreprises des États membres en assurant le « rapprochement » des divers droits internes sur la base d'un socle minimal de protection⁵. C'est pourquoi l'analyse comparée des différents systèmes juridiques européens en matière de réglementation des conséquences d'un transfert d'entreprise sur la situation individuelle et collective des salariés ou l'encadrement du

¹ Loi n° 83-528 du 28 juin 1983 portant mise en œuvre de la directive du conseil des communautés européennes n° 77/177/CEE, du 14 fév. 1977, concernant le rapprochement des législations des états membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissement, JORF du 29 juin 1983, p. 1943.

² À l'instar de celles qui prévoient le maintien de la représentation du personnel lorsque l'entité conserve son « autonomie juridique » ;

³ À l'instar de l'article 7§6 de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 impose aux Etats membres de prévoir, en l'absence de représentants du personnel, une information individuelle des salariés concernés par le transfert portant notamment sur ses conséquences juridiques, économiques et sociales, ainsi que sur les mesures envisagées à leur égard. Or, cette disposition n'a toujours pas été transposée en droit interne, alors même que cela devrait être fait depuis le 17 juillet 2001 ;

⁴ Directive 80/987/CEE, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JOCE L 283 du 28 oct. 1980, p. 23 ; Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JOCE L 270, du 8 oct. 2002, p. 10 ; Dir. 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (version codifiée), JOCE L 283, du 28 oct. 2008, p. 36.

⁵ G. LYON-CAEN : « Le droit du travail au futur antérieur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean PÉLISSIER*, éd. Dalloz, 2004, p. 367.

prononcé de licenciements collectifs ne présente qu'un intérêt relatif, le contenu substantiel de la protection minimale étant peu ou prou identique dans les différents États¹. L'essentiel des disparités nationales réside en réalité dans les degrés et la forme d'implication des représentants des travailleurs à l'élaboration du projet de licenciement collectif et dans les modalités de mise en œuvre de la protection minimale face aux restructurations selon les différents systèmes juridiques existant en Europe et les rôles respectifs assignés à la loi, à la jurisprudence et aux accords et conventions collectifs dans la régulation des incidences sociales de ces opérations.

25. Sources nationales. À la différence des modèles allemand, anglo-saxon, suisse ou nordique dont le droit du travail est principalement issu de sources conventionnelles, la loi occupe en droit social français une place prépondérante. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence, essentiellement judiciaire, et la négociation collective ont joué, et jouent encore, un rôle non négligeable dans la régulation sociale des restructurations. En effet, comme le rappelait Gérard LYON-CAEN, « le droit du travail ne se crée pas de la même façon qu'une autre branche du droit, privé ou public »². Appelée à régir les rapports entre entreprise et syndicats ou entre employeur et salariés, la norme doit être discutée par les intéressés mais ne saurait élaborée par eux seuls. Les relations sociales concernant l'intérêt général, cela implique que « les pouvoirs publics y soient associés et même aient le dernier mot »³. Si, selon l'enseignement dispensé en première année aux étudiants de droit, la jurisprudence n'est pas censée être une source du droit, il s'avère que cette assertion est en réalité erronée, même si elle apparaît nécessaire au respect du principe de séparation des pouvoirs, principe fondamental de toute société démocratique. Pour autant, aux côtés du *legislator* (législateur) qui étymologiquement signifie « celui qui propose la loi » et par extension celui qui l'adopte, il y a le *juris dictio* (les juridictions) qui « disent le droit ». Elles ne sont certes pas censées le créer mais il leur appartient en toute circonstances « de le dire », y compris lorsqu'elles sont confrontées au silence, à l'obscurité ou à l'insuffisance de la loi⁴. Gérard LYON-CAEN affirmait ainsi, non pas à tort mais avec une légère exagération cynique, que « comme le péché mignon du législateur est de réglementer plutôt que d'énoncer

¹ Pour un exposé rapide des mesures adoptées en matière de transfert d'entreprise et de licenciements collectif au Royaume-Uni, en Allemagne, en Belgique, en Espagne ou en Italie, V. H. OUAISSI, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés*, thèse sous la direction de B. TEYSSIÉ, LGDJ 2006, pp. 20-26.

² G. LYON-CAEN, art. préc.

³ G. LYON-CAEN, art. préc.

⁴ Art. 4, C. civ.

des principes juridiques à vocation générale, ceux-ci sont à rechercher dans les arrêts de la Cour de cassation (comme dans les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État). Le *judge made law* est devenu peu à peu notre lot ; notre régime est celui de la *Common law* »¹.

26. Lorsqu'il se penche sur le traitement législatif des conséquences sociales des restructurations, le juriste ne peut échapper à un constat frappant : si le Code du travail contient pléthore de règles destinées à préserver la situation individuelle des salariés et particulièrement leur emploi, le sort de leur situation collective est pour sa part l'objet d'une appréhension minime, parcellaire, lacunaire voire inexistante en certaines matières. L'intervention du législateur s'est essentiellement concentrée sur l'encadrement des licenciements pour motif économique, sur leur prévention en amont des restructurations grâce à l'anticipation des effets des mutations économiques sur l'emploi et sur l'accompagnement des salariés licenciés en aval de l'opération, afin d'accroître leurs chances de retrouver rapidement une activité professionnelle.

27. Eu égard à la place de l'emploi dans notre société et à la dimension politique des questions liées à l'emploi, il n'est guère surprenant que l'action législative se soit principalement préoccupée de sa protection face à la menace que constitue une décision de restructuration. En effet, l'emploi (ou le travail) n'est pas qu'une source de revenus permettant d'assurer l'existence matérielle des individus, c'est également un élément fondamental de leur identité sociale qui leur permet d'affirmer leur place dans la société². Surtout, l'emploi est un, si ce n'est le, facteur de réalisation de la personne, il constitue ce que la personne a de plus élémentaire face à la nature³. À cet égard, après HEGEL, la philosophie marxiste a développé l'idée selon laquelle le travail est l'essence de l'homme, c'est le milieu dans lequel se crée la véritable sociabilité⁴. Si GANDHI disait que « le travail donne à l'homme sa dignité », cette idée irrigue également les trois grands courants de pensée du XX^{ème} siècle, chrétien, humaniste et marxiste, qui voient dans le travail/l'emploi « le lieu du

¹ G. LYON-CAEN, art. préc.

² Sur cette question, V. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Droit à l'emploi et à la dignité » in *Éthique, droit et dignité de la personne, Mélanges C. BOLZE*, éd. Economica, 1999, p. 123

³ Sur cette question, V. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, art. préc

⁴ Sur cette question, V. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, art. préc

lien social et de la réalisation de soi »¹. Dans notre société, l'emploi est certes une source de revenu, condition de la propriété « autre de nom de la société moderne » selon François FURET², mais il offre en outre aux salariés l'accès à la formation et à la protection sociale³. La place centrale de l'emploi dans notre société explique ainsi que l'essentiel de l'arsenal législatif relatif à l'encadrement des restructurations soit concentré sur sa préservation face à ces opérations. Toutefois, si la protection de l'emploi constitue un enjeu majeur de la régulation sociale des restructurations, le sort du statut collectif des salariés, conventionnel ou non, des régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire ou le devenir de la représentation du personnel après ces opérations ne le sont pas moins.

Or comme le soulignait déjà Jean-Jacques DUPEYROUX en 1989⁴, on ne peut qu'être frappé par la faible réceptivité du législateur national aux problématiques essentielles mettant en cause des enjeux humains, financiers, économiques et sociaux capitaux que soulèvent les restructurations sur le devenir des droits collectifs des salariés. Certes, comme l'affirmait PORTALIS dans son discours préliminaire au premier projet de Code civil « Tout prévoir est un but qu'il est impossible à atteindre »⁵. Néanmoins, ne quasiment rien prévoir voire, dans certains cas, ne rien prévoir du tout, s'apparente à une légèreté blâmable ou une négligence coupable du législateur, particulièrement lorsque les juges, la Cour de cassation en l'occurrence, lui signalent régulièrement les lacunes qu'il lui appartient de pallier.

28. La place prépondérante de la loi dans l'appréhension sociale des restructurations ne doit toutefois pas occulter le rôle essentiel joué en la matière par la négociation collective à ses différents niveaux, et ce dès-avant l'émergence des tendances à la décentralisation et à la procéduralisation qui caractérisent l'évolution « récente » du droit du travail. Avant même que ne soit consacré le principe de la négociation prélégislativ⁶, la négociation nationale interprofessionnelle a bien souvent initié les réformes législatives tendant à essayer de réduire l'impact des restructurations sur la situation des salariés. Ce sont ainsi les partenaires sociaux

¹ D. MÉDA., *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto-Aubier, 1995, p. 20 et s. Pour cet auteur, le travail n'a acquis cette conception que très récemment, au XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècle : D. MÉDA, « Travail et politique sociale », *Dr. soc.*, 1994, p. 337

² Sur cette question, V. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, art. préc

³ F. FURET, *Le passé d'une illusion, essais sur l'idée du communisme au XX^{ème} siècle*, Le livre de Poche, 1195, p. 20 et s. ; V. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, art. préc.

⁴ J.- J. DUPEYROUX, « Quelques points de repère », *Dr. soc.*, n° 1, janv. 1989

⁵ *Le discours et le Code*, PORTALIS, deux siècles après le Code Napoléon, Litec, 2004, p. XXIV

⁶ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JORF du 1 février 2007, p. 1944 ; art. L. 1, C.. trav.

qui ont créé la priorité de réembauchage¹, le plan social², les conventions de conversion³, qui ont renforcé les prérogatives des représentants du personnel en cas de grand licenciement collectif après la suppression de l'autorisation administrative de licencier⁴, ou qui ont instauré le contrat de sécurisation professionnelle⁵. Par ailleurs, dans le prolongement de la loi dite *Larcher* qui impose la consultation des partenaires sociaux préalablement à toute réforme sociale d'ampleur, la loi du 14 juin 2013⁶, qui a profondément réformé le traitement social des restructurations, se contente pour l'essentiel de consacrer les positions adoptées par les partenaires sociaux dans le cadre de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013⁷.

Pour ce qui concerne la négociation collective au niveau de l'entreprise, celle-ci a pu inspirer le législateur lorsqu'il a par exemple consacré la faculté de conclure des accords de méthode relatifs aux modalités d'information/consultation du comité d'entreprise en cas de grand licenciement collectif, accords qui s'étaient développés dans la pratique bien avant la loi du 3 janvier 2003 définissant leur régime juridique⁸. Surtout, la négociation collective d'entreprise joue un rôle essentiel dans l'appréhension des conséquences des restructurations non seulement sous l'effet du double mouvement de procéduralisation et de décentralisation que connaît le droit du travail depuis plusieurs années, mais aussi et surtout parce qu'elle apparaît comme le moyen le plus approprié pour traiter certaines problématiques particulièrement techniques et complexes soulevées par ces opérations, problématiques dont le règlement n'est parfois aucunement envisagé par le législateur.

29. La jurisprudence, particulièrement celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation, a joué un rôle essentiel dans la construction juridique de l'encadrement social des restructurations. La place primordiale occupée par la jurisprudence dans l'élaboration du droit social des restructurations s'explique notamment par la nécessité à laquelle a été confrontée la

¹ Depuis lors appelée priorité de réembauche ; ANI de 1969 préc.

² Rebaptisé en 202 « plan de sauvegarde de l'emploi » ; créé par l'article 12 de l'avenant du 21 nov. 1974 à l'accord national interprofessionnel du 10 fév. 1969.

³ article 7 de l'avenant du 20 oct. 1986 à l'accord national interprofessionnel du 10 fév. 1969 ; Convention du 6 janvier 1987 relative à l'assurance conversion ; Arrêté du 6 mars 1987 relatif aux conventions de conversions, JO du 28 mars 1987, p. 3491 ; Arrêté du 4 avril 1987 portant agrément de la convention du 6 janvier 1987 relative à l'assurance conversion et du règlement annexe à cette convention, JO du 3 mai 1987, p. 4933

⁴ Art. 10 et s. de l'avenant du 20 oct. 1986 à l'accord national interprofessionnel du 10 fév. 1969

⁵ Convention UNEDIC du 19 juillet 2011, relative au contrat de sécurisation professionnelle

⁶ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, JORF du 16 juin 2013, p. 9958.

⁷ ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

⁸ Loi n° 2003-6 du 3 janv. 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, JORF du 4 janv. 2003, p. 255

Cour de cassation de compléter l'œuvre du législateur et d'interpréter les nombreuses dispositions légales imprécises, maladroitement rédigées, ou de les « adapter » aux évolutions économiques et sociales. Surtout, la Cour de cassation a dû relever le défi (ô combien difficile) de tenter de conférer une certaine cohérence à l'accumulation des textes disparates élaborés au fil des ans et des alternances politiques¹.

Ainsi, la jurisprudence a-t-elle dû combler les carences des pouvoirs législatif et réglementaire qui, essentiellement préoccupés par la préservation de l'emploi, ne se sont guère intéressés à certaines problématiques sociales, pourtant capitales, directement liées aux restructurations. Il est à ce titre revenu à la Cour de cassation de déterminer le sort des usages, des engagements unilatéraux de l'employeur et du règlement intérieur en cas de restructuration. La Haute juridiction a également été contrainte de définir l'impact d'une telle opération sur les accords référendaires et les décisions unilatérales de l'employeur instituant au profit de ses salariés un régime de garanties collectives puisque, si depuis 1994 l'article L. 911-5 du Code de la sécurité sociale prévoit qu'un décret pris en Conseil d'état doit régler cette question², vingt ans plus tard il n'est toujours pas paru !

De même, lorsque la loi du 20 août 2008 mit fin à la présomption de représentativité en généralisant la représentativité prouvée sur la base de nouveaux critères, parmi lesquels l'obtention d'au moins 10 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles de l'entreprise pour être représentatif à ce niveau³, le législateur n'a pas déterminé l'impact sur la mesure de l'audience et de la représentativité syndicale d'une restructuration induisant une modification importante du corps électoral. Eu égard à l'importance cruciale de cette question⁴, la Cour de cassation n'a eu d'autre choix que d'y répondre. Elle a ainsi adopté la solution sans doute la plus simple, mais pas celle permettant d'assurer la légitimité des syndicats signataires d'accords collectifs, alors même que telle était la finalité de la réforme de 2008. Elle a ainsi décidé que la mesure de la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise est figée jusqu'au terme du cycle électoral, et ce, quel que

¹ Sur l'instabilité du droit du licenciement pour motif économique, V. *Méga Code du Travail Commenté*, 2015, 2^{ème} éd. Dalloz, 2014 p. 255 et s.

² Art. L. 911-5, CSS ; issu de la loi Veil, loi n° 94-678, du 8 août 1994, relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, JORF, du 10 août 1994, p. 11655.

³ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO du 21 août 2008, p. 13064.

⁴ Dans la mesure où, d'une part, syndicats représentatifs et non-représentatifs ne jouissent pas des mêmes prérogatives et où, d'autre part, la validité des conventions et accords de travail qui s'imposent aux salariés est subordonnée à leur conclusion par un ou plusieurs syndicats ayant obtenu un score électoral variant de 30 à 50 % selon les cas.

soit l'impact d'éventuelles restructurations sur le corps électoral¹. On ne saurait toutefois l'en blâmer, la Cour de cassation aurait outrepassé ses pouvoirs si elle avait tranché autrement cette question.

30. Au-delà de l'impératif de pallier les lacunes des pouvoirs législatif et réglementaire, la Chambre sociale de la Cour de cassation a également fait preuve de créativité, qu'il s'agisse d'admettre sur la base de l'adverbe « *notamment* » de l'article du Code du travail définissant le licenciement pour motif économique de « nouvelles » causes susceptibles de justifier une telle rupture (sauvegarde de la compétitivité et cessation totale et définitive de l'entreprise²) ou de se fonder sur l'article 1134 du Code civil pour dégager les obligations d'adaptation et de reclassement préalables au licenciement pour motif économique³, considéré comme l'*ultima ratio*.

Par ailleurs, consciente de la réalité organisationnelle des groupes de sociétés dont la direction est fréquemment à l'origine des restructurations de leurs filiales, la Cour de cassation s'est montrée pragmatique en élargissant, à tout ou partie du groupe, le périmètre d'appréciation du respect de certaines obligations à la charge des entreprises procédant à des compressions d'effectif. À cet égard, pour que les ruptures soient justifiées, la réalité des difficultés économiques ou de la menace sur la sauvegarde de la compétitivité invoquée par l'employeur pour prononcer des licenciements pour motif économique doit être caractérisée au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise⁴. De même, la Cour de cassation estime que les recherches de reclassement, impératives avant tout licenciement pour motif économique, doivent s'effectuer au niveau des diverses sociétés du

¹ Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 13-16.750, n° 13-20.069, n° 12-29.354 et n° 13-17.445, à paraître au Bulletin, JCP S 1121, obs. E. JEANSEN et Y. PAGNERRE ; JCP S 2014, 1184, obs S. BEAL et C. TERRENOIRE ; JCP G 2014, 512, obs. C. METZGER ; C. RADÉ, « La suprématie du cycle électoral (à propos de quatre arrêts en date du 19 février 2014) : le mieux, ennemi du bien ? », Lexbase hebdo éd. soc. 2014, n° 561, N° LXB : N1103BUE ; J. ICARD, « Logiques et surprises du cycle électoral – L'incidence du transfert d'entreprise sur les acteurs syndicaux », Dr. soc. 2014, p. 648.

² Cass. soc., 5 avr. 1995, *Vidéocolor*, Bull. civ. V, n° 123 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 114 ; D. 1995, 503, note M. KELLER ; D. 1995, somm. 367, obs. I. de LAUNAY-GALLOT ; Dr. soc. 1995, p. 482, note P. WAQUET ; RJS 1995, n° 497 ; JCP G 1995, II, 22443, note G. PICCA ; JCP E 1995, I, 499, n° 3, obs. P. COURSIER ; G. LYON-CAEN, « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », Dr. soc. 1995, p. 489 (sauvegarde compétitivité) ; Cass. soc., 16 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 10 ; D. 2001, IR 523 ; Dr. soc. 2001, p. 416 ; J. SAVATIER, « La cessation d'activité de l'entreprise motif économique de licenciement », Dr. soc. 2001, p. 413 ; RJS 2001, n° 294 (cessation d'activité).

³ Cass. soc., 25 févr. 1992, *Expovit*, Bull. civ. V, n° 122 ; RJS 4/92, n° 421 ; Dr. soc. 1992, p. 379 ; D. 1992, Jurisp. p. 390, note M. DEFOSSEZ, et D. 1992, Somm. p. 294, obs. A. LYON CAEN ; V. également Cass. soc., 19 oct. 1994, Bull. civ. V, n° 279 ; Cass. soc., 10 juil. 1995, Dr. soc. 1995, p. 832 ; Cass. soc., 17 févr. 1998, RJS 4/98 n° 434 ; *adde* les chroniques de A. LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », Dr. soc. 1992, p. 573 et A. BOUILLOUX, « L'adaptabilité du contrat de travail », Dr. ouv. 1997, p. 487 (obligation d'adaptation) ; Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, Bull. civ. V, n° 228 ; Cass. soc., 8 avr. 1992, Bull. civ. V, n° 258 ; JCP E 1992, II, 360, note J. SAVATIER ; Dr. soc. 1992, p. 626 (obligation de reclassement)

⁴ Cass. soc., 5 avr. 1995, *Vidéocolor*, préc.

groupe avec lesquelles une permutation du personnel est envisageable, y compris à l'étranger¹. Selon la même logique et dans la mesure où le plan de sauvegarde de l'emploi constitue la pierre angulaire de l'accompagnement social des grands licenciements collectifs envisagés dans les entreprises de cinquante salariés au moins², la jurisprudence a décidé que sa validité devait être appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise, l'UES ou le groupe³. Si le pragmatisme économique dont fait preuve la Cour de cassation en prenant en considération l'existence des groupes doit être approuvé, il n'en demeure pas moins que l'obligation d'élargir au groupe les recherches de reclassement ou de mobiliser ses moyens pour élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi, sont en réalité ineffectives. En effet, l'efficacité de la prise en compte de l'existence d'un groupe pour « renforcer » la protection des salariés face aux restructurations est considérablement affaiblie non seulement du fait de l'absence de personnalité juridique du groupe et de l'autonomie juridique des différentes sociétés qui le composent, mais aussi et surtout, parce que le seul débiteur de ces obligations est l'employeur qui projette le licenciement, impuissant à contraindre les autres membres du groupe à participer effectivement au reclassement des salariés menacés de licenciement.

31. Le rôle de premier plan joué par la Cour de cassation dans la régulation sociale des restructurations, notamment en matière de licenciement pour motif économique, est tel que certaines interventions du législateur ont été guidées par la seule volonté de censurer ou au contraire de consacrer une solution jurisprudentielle. Tel fut notamment le cas avec la loi du 29 juillet 1992 qui condamna la solution adoptée dans l'arrêt *Petit Bateau* selon laquelle le licenciement de plusieurs salariés consécutif à leur refus d'une proposition de modification de leur contrat pour un motif économique constituait une somme de licenciements individuels pour motif économique, et non un licenciement collectif⁴.

¹ Cass. soc. 25 juin 1992, BC V 420 Bull. civ. V, n°

² L'employeur qui envisage de prononcer au moins dix licenciements dans une période de trente jours dans une entreprise d'au moins cinquante salariés est donc tenu d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi

³ Cass. soc., 7 avr. 2004, RJS 6/04, n° 666 ; Dr. soc. 2004, p. 670, obs. G. COUTURIER. Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi, l'article L. 1235-10 du Code du travail disposait que la validité du plan de sauvegarde de l'emploi devait être appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise, l'UES ou le groupe. Dans la mesure où désormais le contrôle des plans de sauvegarde de l'emploi est confié à l'Administration du travail et que celle-ci ne doit s'assurer de la proportionnalité du plan aux moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe qu'en présence d'un plan unilatéral à l'exclusion d'un plan conventionnel soumis seulement à un contrôle restreint, il est d'autant plus important que les organisations syndicales s'assurent lors de la négociation du plan que son contenu est proportionnel aux moyens susceptibles d'être mobilisés par l'entreprise, l'UES ou le groupe.

⁴ L'employeur était ainsi exonéré, dans cette hypothèse, de l'obligation de respecter la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement collectif et la mise en place, le cas échéant, d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; Cass. soc., 9 oct. 1991, *Petit Bateau*, Bull. civ. V, n° 399 ; D. 1992, 127, note N. DECOOPMAN ; D. 1992, 291, obs. A. LYON-CAEN ; Loi n° 92-722, du 29 juillet 1992, portant adaptation de la loi no 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum

De même, la loi du 17 janvier 2002 consacra dans le Code du travail les obligations jurisprudentielles d'adaptation et de reclassement préalables au licenciement pour motif économique, ainsi que le principe de la nullité des licenciements consécutive à celle de la procédure de grand licenciement collectif résultant de l'insuffisance ou de l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi¹. Cette loi censura en revanche la position adoptée en 1996 dans l'arrêt *Sietam* autorisant l'employeur qui projette un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés et plus à mener concomitamment, sous réserve de délais plus favorables, la consultation du comité d'entreprise sur le projet de restructuration et de compression des effectifs et celle sur celui de grand licenciement collectif².

La possible concomitance de ces consultations fut rétablie en 2003 lorsque le législateur suspendit certaines dispositions de la loi du 17 janvier 2002³, avant qu'elles ne soient abrogées par la loi du 18 janvier 2005⁴. À l'occasion de l'adoption de cette loi, le législateur censura la fameuse jurisprudence *Framatome* et *Majorette* en vertu de laquelle l'employeur devait mettre en œuvre la procédure de licenciement collectif et élaborer, le cas échéant, un plan de sauvegarde de l'emploi dès qu'il proposait à plusieurs salariés une modification de leur contrat fondée sur un motif économique⁵. Désormais, cette obligation lui incombe seulement une fois le refus de la modification par au moins dix salariés acquis⁶.

32. L'importance croissante de la jurisprudence judiciaire dans l'édification du droit social des restructurations, et singulièrement dans celle du droit du licenciement pour motif économique, a suscité de nombreuses critiques, venues de toutes parts, et une certaine défiance à l'égard du juge judiciaire, comme en témoigne l'orientation de la réforme du droit des grands licenciements collectifs intervenue en 2013⁷. Si, comme le rappelait Gérard

d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle, art 26, JO du 30 juillet 1992, p.10215.

¹ Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, de modernisation sociale, JO 18 janv. 2002, p. 1008

² Cass. soc. 16 avril 1996, *Sietam*, Bull. civ. V, n° 165 ; A. LYON-CAEN, « La Chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise », Dr. soc. 1996, p. 484 ; G.BELIER et H-J.LEGRAND, « Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ? », Dr. soc. 1996, p. 932.

³ Loi n° 2003-6, du 3 janv. 2003, préc.

⁴ Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, de programmation pour la cohésion sociale, JO du 19 janv. 2005, p. 864.

⁵ Cass. soc., 3 déc. 1996, *Framatome*, Bull. civ. V, n° 411 (1er arrêt) ; Cass. soc., 3 déc. 1996, *Majorette*, Bull. civ. V, n° 411 (2ème arrêt) ; GADT, 4^{ème} éd., n° 109 ; JCP 1997, II, 22814, note J. BARTHELEMY ; Gaz. Pal. 1997, I, 4, note PHILBERT ; RJS 1997, p. 12, concl. P. LYON-CAEN ; Dr. soc. 1997, p. 18, rapp. WAQUET ; Dr. ouv. 1997, note M.-F. BIED-CHARRON ; dans le même sens V. Cass. soc., 10 juil. 2001, Bull. civ. V, n° 256 ; 22 fév. 2005, Cass. soc., Dr. soc. 2005, p. 556, note Y. CHAGNY, « La jurisprudence Framatome et Majorette : les derniers feux ? », Dr. soc. 2005, p. 556.

⁶ Art. L. 1233-25, C. trav.

⁷ Réforme opérée par la loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc. sur la base de l'ANI du 11 janv. 2013, préc. Sur la défiance à l'égard du juge judiciaire et le mouvement de déjudiciarisation qui anime tant l'ANI du 11 janvier 2013 que la loi du 14 juin 2013, V. J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi _ « Compromis

LYON-CAEN, l'essor de la jurisprudence sociale s'explique notamment par le fait que « les salariés et syndicats plaident plus que naguère [ce qui] est un progrès pour l'État de droit, car, n'oublions pas qu'antérieurement les différends se réglaient souvent par l'épreuve de force »¹, il n'en reste pas moins que le recours au juge peut, parfois, être instrumentalisé à des fins dilatoires, critique récurrente en matière de procédures de grand licenciements collectifs dans les entreprises d'au moins cinquante salariés. Pléthore de reproches ont ainsi été, et sont encore, formulés à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation par une partie de la doctrine, les milieux patronaux, voire certains magistrats. À ce titre, l'essentiel des remontrances faites à la régulation sociale des restructurations par le juge est résumé par le bilan extrêmement critique de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation dressé par Bernard BOUBLI, membre de cette formation pendant près de quinze ans. Il affirme ainsi que « L'encadrement [jurisprudentiel] du pouvoir [de direction] par un contrôle tatillon de son exercice s'est confirmé dans le traitement des mutations économiques par la jurisprudence. Alors qu'elle avait su mettre l'accent sur les mesures d'adaptation à l'emploi qu'impliquent de telles mutations et sur la nécessité d'assurer l'accompagnement social des salariés exposés au risque du licenciement », la Chambre sociale aurait fait preuve selon lui « dans la détermination du régime juridique du licenciement pour motif économique, tant individuel que collectif, (...) d'une rigidité peu compatible avec les exigences d'une gestion de crise et la nécessaire anticipation des risques par des mesures préventives, souvent garantes d'un certain niveau d'emploi. »². Il considère que la Cour de cassation n'a pas pris « à temps le virage de la mondialisation » et « que les contraintes jurisprudentielles ont stérilisé les initiatives, freiné la construction d'un droit adapté aux exigences de notre temps et qu'elles ont entraîné des conséquences souvent préjudiciables à l'appareil de production et, partant, à l'emploi : la courbe du chômage en atteste. »³.

Pour notre part, pas plus que nous ne souscrivons au mythe selon lequel le droit du travail serait un outil susceptible de freiner ou de stimuler la création d'emploi selon la manière dont on le conçoit et on l'utilise, il nous apparaît peu probable que la jurisprudence

historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280 ; A. TEISSIER, « Le temps dans la procédure de consultation en cas de PSE », JCP S 2013, 1259 ; A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation - Une réforme peut en cacher une autre », RDT 2013, p. 184 ; F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement économique : un changement d'acteurs », JCP S 2013, 1258 ; F. GÉA, « Le droit du licenciement économique, à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210 ; P. VIVIEN et P. PREVOSTEAU, « Les procès-durs de licenciement économique : un droit protecteur ou contreproductif ? », Dr. soc. 2013, p. 223 ; M. GREVY, « Le juge, ce gêneur... », RDT 2013, p. 173.

¹ G. LYON-CAEN, art. préc.

² B. BOUBLI, « Que reste-t-il de l'âge d'or de la chambre sociale ? », JCP S 2014, 1381.

³ B. BOUBLI, art. préc.

de la Cour de cassation ait un quelconque effet sur l'évolution du marché du travail. S'il est vrai que certaines dispositions légales ou solutions jurisprudentielles participent à la complexification de la gestion des ressources humaines, quant d'autres sont susceptibles d'être instrumentalisées par les acteurs, il n'en reste pas moins que, si tant est qu'on leur reconnaisse un impact ne serait-ce qu'infime sur le dynamisme du marché du travail, il n'est en rien comparable à celui de la mondialisation et de la financiarisation de l'économie ou des crises financières et économiques qui se succèdent depuis une quarantaine d'années. Si Bernard BOUBLI reconnaît que le bilan de la jurisprudence relative au traitement social des restructurations « n'est certes pas totalement négatif », il constate qu'« il a débouché sur un résultat accablant : les critiques des économistes se sont multipliées ; les propositions pour une réforme du licenciement pour motif économique impliquant une véritable sécurisation de l'emploi ont foisonné au début des années 2000. Et, comme pour en terminer définitivement avec un épisode à oublier, la loi du 14 juin 2013 a dépouillé les juridictions sociales de l'ordre judiciaire de toute compétence pour connaître de la régularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise et de la valeur des mesures d'accompagnement qui figurent dans le PSE », dessaisissement, qui selon lui, « sonne comme un véritable camouflet »¹.

La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la régulation de l'impact social des restructurations n'est pas la seule à être l'objet de critiques, celle du Conseil constitutionnel l'est tout autant, pour des raisons très différentes toutefois. L'étude de l'appréhension sociale des restructurations présente en effet l'intérêt de mettre en exergue le mouvement de constitutionnalisation du droit social qui, lorsqu'il s'intéresse aux restructurations, doit concilier différents droits constitutionnellement protégés, *a priori* antagonistes.

33. La régulation sociale des restructurations au cœur d'une rivalité entre droits et liberté constitutionnellement protégés. La régulation des coûts sociaux des restructurations met en jeu différents droits et liberté constitutionnellement protégés depuis que, en 1971, le Conseil constitutionnel a intégré dans le bloc de constitutionnalité la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 et le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 au motif que celui de la Constitution du 4 octobre 1958 y fait référence². Ainsi le Conseil constitutionnel, « initialement conçu comme une autorité gardienne de la répartition des prérogatives entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, est devenu un juge de la loi

¹ B. BOUBLI, art. préc.

² Cons. const., déc. n° 71-44, du 16 juil. 1971, censurant partiellement la loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, JO du 18 juillet 1971, p. 7114.

et s'est érigé en gardien des libertés et droits fondamentaux »¹. Si le droit de propriété est de ceux que la DDHC protège², que celui d'obtenir un emploi et celui accordé aux salariés de participer à la gestion de l'entreprise figurent dans le Préambule de 1946³, la liberté d'entreprendre n'est pour sa part expressément consacrée par aucun texte. Toutefois, le Conseil constitutionnel l'a érigée au rang de liberté fondamentale⁴ qui doit donc être respectée au même titre que les droits d'obtenir un emploi et de participer à la gestion de l'entreprise, droits et liberté concernés au premier chef par l'encadrement social des restructurations.

La conciliation entre liberté d'entreprendre et participation des salariés à la gestion de l'entreprise dans le cadre de la régulation sociale des restructurations ne soulève guère de difficulté. La première n'est pas réellement restreinte par le second, dont les modalités de mise en œuvre, *id est* information/consultation des représentants du personnel, présence de représentants des salariés dans les organes sociétaires et négociation collective d'entreprise, ne portent pas atteinte à la liberté d'entreprendre, la dernière d'entre elles contribuant même à accroître la liberté de gestion accordée à l'employeur. En effet, sous le double effet de la procéduralisation et de la décentralisation du droit du travail, la négociation d'entreprise est devenue le chantre de la flexibilité de la norme sociale, tant réclamée par les nombreux détracteurs de la « rigidité » du droit du travail français.

À l'inverse de la conciliation entre liberté d'entreprendre et droit des salariés à participer à la gestion, celle recherchée entre la première et le droit à l'emploi dans le cadre de la régulation des coûts sociaux des restructurations est bien plus problématique, si tant est qu'elle existe... En effet, l'inégale intensité normative du droit à l'emploi et de la liberté d'entreprendre, le premier n'étant qu'une « exigence constitutionnelle » quand la seconde accède au rang de liberté fondamentale, est particulièrement prégnante dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, fervent défenseur de la liberté d'entreprendre, qui limite à l'excès la capacité du législateur à y porter la moindre atteinte, comme en témoignent ses récentes décisions qui contribuent à renforcer l'impuissance du droit social face aux restructurations.

34. Droit à l'emploi, simple exigence constitutionnelle. L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame le droit pour « *chacun (...) d'obtenir un emploi* ».

¹J.-P CHAZAL, « Propriété et entreprise : le Conseil Constitutionnel, le droit et la démocratie » Rec. Dalloz 2014, p. 1101.

² J.-P CHAZAL, art préc.

³ J.-P CHAZAL, art préc.

⁴ J.-P CHAZAL, art préc.

Généralement présenté comme un droit-créance, insusceptible de fonder un véritable droit subjectif, faute de débiteur au sens juridique du terme¹, le droit d'obtenir un emploi constitue selon le Conseil constitutionnel une « *exigence constitutionnelle* »² qui, alliée à l'article 34 de la Constitution, enjoint au législateur de « *poser des règles propres à assurer, conformément aux dispositions du Préambule de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit pour le plus grand nombre* »³. Si le texte de l'alinéa 5 ne vise que le « *droit d'obtenir un emploi* » et semble ainsi dédié à l'instauration de dispositifs tendant à favoriser l'accès à l'emploi, en période crise, les politiques de création d'emploi sont incapables d'assurer seules l'effectivité de ce droit⁴. Il est nécessaire que soient mises en place des mesures de lutte (ou d'encadrement) contre les (des) destructions d'emplois. À cet égard, le Conseil constitutionnel rattache à l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 la préservation de l'emploi⁵, mettant ainsi en exergue la double finalité de ce texte qui tend à la fois à favoriser l'accès à l'emploi et le maintien dans l'emploi, duplicité qui « explique sans doute le glissement terminologique auquel l'on assiste aujourd'hui, l'expression plus générale « droit à l'emploi » étant préférée au « droit d'obtenir un emploi » assurément moins représentative des différentes acceptions jurisprudentielles »⁶.

35. L'intensité normative du droit à l'emploi est relativement faible dans la mesure où celui-ci ne constitue, selon le Conseil constitutionnel, qu'une « *exigence constitutionnelle* »⁷, un « principe finaliste » qui doit guider l'action du législateur. En réalité, comme le suggèrent plusieurs auteurs⁸, le droit à l'emploi est un objectif de valeur constitutionnelle, qualification que les Sages ne lui ont pourtant jamais reconnue, ce qui s'explique, selon Laurence DARDHALON, par le fait que « la catégorie des objectifs à valeur constitutionnelle ne résulte d'aucun texte précis⁹ alors que le droit [à l'emploi] bénéficie d'une assise textuelle

¹ A. FABRE, « La promesse présidentielle de « Florange » à l'épreuve du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre », *Constitution*, 2014, p. 204

² A. FABRE, art. préc.

³ Cons. const., déc. n° 83-156 DC, du 28 mai 1983, loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, JO du 1^{er} juin 1983, p. 1646.

⁴ En ce sens, A. FABRE, art. préc.

⁵ Cons. const., déc. 2014-692, du 27 mars 2014, préc., cons. 8 ; V. A. FABRE, art. préc.

⁶ A. FABRE, art. préc. ; D. BAUGARD, « Le droit à l'emploi », *Dr. soc.* 2014, p. 32.

⁷ Cons. const., déc. 2014-692, du 27 mars 2014, préc.

⁸ L. DARDHALON, art. préc. ; D. BAUGARD, art. préc. ; A. FABRE, art. préc.

⁹ V. B. FAURE, « Les objectifs de valeurs constitutionnelles : une nouvelle catégorie juridique », *rev. de Dr. constitutionnel*, 1995, p. 47 ; A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur catégorie juridique introuvable », in *Mélanges en l'honneur de P. PACTET*, Dalloz, 2003, p. 687

incontestable »¹. L'assimilation du droit à l'emploi à un objectif de valeur constitutionnelle n'est pas propre à la jurisprudence constitutionnelle française, elle caractérise également l'appréhension constitutionnelle de ce droit en Allemagne ou en Italie, par exemple².

Si le droit à l'emploi a une valeur constitutionnelle, le Conseil d'État considère qu'il ne constitue pas pour autant un droit fondamental susceptible de fonder un référé-liberté en application de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Si cette solution n'est guère surprenante, il est intéressant de souligner qu'alors qu'il refuse de reconnaître la fondamentabilité du droit à l'emploi, le Conseil d'État accorde en revanche cette qualité à la liberté d'exercer une activité professionnelle³, versant libéral du droit d'obtenir un l'emploi constitué de deux faces : liberté du travail/droit à l'emploi.

36. Liberté d'entreprendre. La liberté d'entreprendre, à l'instar des autres libertés économiques, occupe une place de plus en plus importante dans les ordres juridiques contemporains⁴. Si le Conseil constitutionnel a consacré la liberté d'entreprendre en tant que liberté constitutionnellement protégée, il n'en reste pas moins qu'on peut légitimement s'interroger sur la « fondamentabilité » des libertés économiques dont la reconnaissance a notamment entraîné un changement de vocable intéressant d'un point de vue symbolique ; aux « Droits de l'Homme » s'est peu à peu substituée l'expression « droits et libertés fondamentaux »⁵. Comme le rappelle Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Si, pour certains, la liberté d'entreprendre a toujours implicitement découlé des articles 2, 4, 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et peut s'appuyer sur la solennité du Décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 et de la loi Le Chapelier des 14-17 mars 1791⁶, il faut néanmoins attendre la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 pour que sa constitutionnalisation soit expresse⁷. Jusqu'alors, le droit de propriété restait au niveau

¹ Elle affirme à cet égard qu'« Ainsi quand le juge constitutionnel proclame l'existence d'un objectif de valeur constitutionnelle, il n'indique pas ce qui lui a permis d'en admettre l'existence. Si aucun critère pertinent ne permet de les identifier, les objectifs ont toutefois en commun de faire référence à une politique interventionniste de l'État afin qu'il mette en œuvre les moyens nécessaires pour atteindre le but fixé », ce qui est valable s'agissant du droit à l'emploi.

² Pour des développements relatifs à ces jurisprudences, V. L. DARDALHON, art. préc.

³ CE 11 juin 2002, n° 247649, mentionné aux tables du recueil Lebon. La Cour de cassation qualifie pour sa part de « principe fondamental [le] libre exercice d'une activité professionnelle » ; Cass. soc. 10 juil. 2002, Bull. civ., V, n° 239.

⁴V. CHAMPEIL-DESPLATS : « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », RDT 2007, p. 19

⁵ Sur cette question V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, art. préc

⁶ V., P. DELVOLLE, *Droit public de l'Economie*, Dalloz, 1998, p. 105 et s ; J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », D. 1984, Chron. p. 1

⁷ Cons. const., déc. n° 81-182 DC, du 16 janvier 1982, Rec. Cons. const., p. 18.

constitutionnel français, - comme dans d'autres ordres juridiques -, le principal relais de l'ordre marchand. »¹. Comme le démontre Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « ce sont avant tout les ordres supra-nationaux visant à libéraliser les échanges économiques qui consacrent avec générosité la fundamentalité des libertés économiques. (...) l'ordre communautaire consacre [ainsi] les libertés fondamentales du marché (libertés de circulation des marchandises et des personnes, d'établissement, de prestation de service, de concurrence, d'exercice d'une activité professionnelle), [tandis que] (...) la liberté d'entreprise a intégré l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux. »².

37. Faute d'assise textuelle, la liberté d'entreprendre est rattachée par les Sages à la liberté individuelle consacrée à l'article 4 de la DDHC, dont ils considèrent qu'elle découle, aux termes duquel « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». La décision du Conseil constitutionnel de 1982 reconnaît ainsi le caractère « fondamental » de la liberté d'entreprendre, si tant est que l'on souscrive à l'opinion de la majeure partie de la doctrine selon laquelle les droits et libertés constitutionnellement protégés sont fondamentaux en raison de leur place au sommet de la hiérarchie des normes. Toutefois, comme le rappelle un Commissaire du Gouvernement auprès du Conseil d'État, si « les libertés fondamentales ont valeur constitutionnelle (...) tous les principes et règles de valeur constitutionnelle ne sont pas nécessairement des libertés fondamentales »³, raisonnement invoqué pour rejeter la fondamentabilité du droit à l'emploi, qualité en revanche reconnue par la juridiction administrative à la liberté d'entreprendre⁴. À la différence du Conseil d'État, la Cour de cassation a pour sa part une position plus nuancée sur la nature de la liberté d'entreprendre, que sa Chambre sociale considère être un « principe fondamental », et non une liberté fondamentale⁵, qualification reconnue en revanche à la liberté d'exercer une activité professionnelle par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour⁶.

¹ V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, art. préc

² V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, art. préc

³ V. L. DARDALHON art. préc .

⁴ Le Conseil d'état admet en effet le recours au référé-liberté pour mettre fin à une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'entreprendre¹, recours fondé sur l'article L. 521-2 du Code de justice administrative autorisant le juge des référés à « *ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* ». V. M. LOMBARD, Dr. adm., 2002, p 35

⁵ Cass. soc., 13 juillet 2004, *La Société Carrefour France*, Dr. soc. 2004, p. 1026 ; D. 2004, IR p. 2350.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 16 avril 1991, *Guez*, D. 1991, IR p. 155

38. Selon le Conseil constitutionnel, l'objet de la liberté d'entreprendre est double, elle « *comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* »¹. Dans sa seconde composante, la liberté d'entreprendre est entendue comme celle de faire des choix entre plusieurs alternatives possibles. Ainsi, la liberté d'entreprendre induit celle de décider de créer une entreprise, de choisir d'exploiter une activité, de choisir d'en cesser l'exploitation ou de la céder, mais aussi celle de choisir ses collaborateurs (liberté d'embauche) et donc de choisir de se séparer de certains d'entre eux (liberté de licencier), ou encore celle de choisir l'organisation de l'entreprise, de décider de procéder à une restructuration et d'en choisir la forme, sans oublier la liberté de faire des choix de gestion et notamment des « *choix économiques relatifs à la conduite et au développement* » de l'entreprise, etc.². Conçue comme la liberté de choisir entre différentes solutions possibles, toute immixtion d'un tiers dans le choix opéré par la direction de l'entreprise constitue une atteinte à la liberté d'entreprendre³, à l'instar de dispositions autorisant un juge à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise, atteinte fermement condamnée par le Conseil constitutionnel qui pour sa part n'hésite pas à substituer la sienne à celle du législateur, comme en témoignent certaines de ses récentes décisions⁴...

39. Evolution de la jurisprudence constitutionnelle relative à la protection de la liberté d'entreprendre. De l'aveu même du Conseil, « *la jurisprudence sur la liberté d'entreprendre a fluctué au cours des vingt dernières années. Ces tâtonnements ne portent pas sur le fondement de cette liberté, mais sur son degré de protection, ainsi que sur l'intensité du contrôle de sa limitation par le Conseil. Pour résumer cette évolution, on peut dire qu'à partir d'une formulation initiale protectrice (1982), le Conseil a eu tendance à minorer progressivement la protection de la liberté d'entreprendre. Ce n'est que depuis 1997 que s'opère une évolution inverse (...)* »⁵. Si au début des années 1980, le Conseil

¹ Commentaire du Conseil constitutionnel relatif à sa décision n° 2014-692, du 27 mars 2014 sur la loi visant à reconquérir l'économie réelle, préc.

² V. T. SACHS et S. VERNAC, « La fondamentalisation d'un ordre libéral. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014, loi sur la reconquête de l'économie réelle », RDT 2014, p. 528 ; V. Comm. du Conseil constitutionnel préc. « *la liberté d'entreprendre s'entend sous les deux composantes de cette liberté : la liberté d'accéder à une profession ou une activité économique, et la liberté dans l'exercice de cette profession et de cette activité. Au titre de cette seconde composante, le Conseil a reconnu la liberté d'embaucher en choisissant ses collaborateurs, de licencier, de fixer ses tarifs ou de faire de la publicité commerciale.* »

³ T. SACHS et S. VERNAC art. préc

⁴ En ce sens, J.-P. CHAZAL, art. préc.

⁵ J.-P. CHAZAL, art. préc.

constitutionnel s'assurait que la liberté d'entreprendre ne soit pas l'objet de « *restriction arbitraire ou abusive* »¹, il rappelait toutefois qu'elle n'est « *ni générale, ni absolue* » et « *qu'elle s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi* »². Au commencement de la décennie suivante, le Conseil renforça son contrôle, tout en autorisant le législateur à apporter à la liberté d'entreprendre des limitations exigées par l'intérêt général ou liées aux autres exigences constitutionnelles, sous réserve toutefois de ne pas en dénaturer la portée³.

40. En principe, lorsque le Parlement légifère sur une question se situant au cœur d'un conflit entre deux droits ou libertés constitutionnellement protégés, la règle adoptée doit « résoudre ledit conflit » en conciliant les droits opposés, résolution/conciliation éventuellement soumise au contrôle du Conseil constitutionnel. La jurisprudence de ce dernier relative au contrôle des limitations légales apportées à la liberté d'entreprendre pour assurer l'effectivité d'autres droits et libertés constitutionnels a profondément évolué en trente ans. Le contrôle de la constitutionnalité des restrictions apportées à la liberté d'entreprendre est ainsi passé « d'une logique de justification à une logique de proportion »⁴. Dans le premier cas, la conciliation s'entend comme une exigence « d'adéquation entre la mesure adoptée et le but qu'elle vise »⁵ ; la constitutionnalité de la règle légale restreignant un droit ou liberté fondamental s'apprécie seulement à l'aune de sa justification. Si celle-ci existe et qu'elle est légitime alors l'atteinte portée à liberté en cause n'est pas frappée d'inconstitutionnalité. Selon cette logique, il s'agit par exemple de vérifier si l'exigence constitutionnelle que constitue le droit à l'emploi justifie l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par l'obligation légale de rechercher un repreneur pour racheter un site que l'employeur envisage de fermer, obligation dont le respect est soumis au contrôle du tribunal de commerce habilité à prononcer une lourde sanction financière à l'encontre de l'employeur qui aurait, sans motif légitime, refusé une offre raisonnable de reprise qui aurait permis le maintien de l'activité des emplois sur le site.

¹ Cons. const., déc. n° 81-182 DC, du 16 janvier 1982, Rec. Cons. const., p. 18.

² Cons. const., déc. n° 85-202 DC, 16 janvier 1986, Rec. Cons. const., p. 14.

³ Cons. const., déc. n° 90-284 DC, 16 janvier 1991, Rec. Cons. const., p. 20. Cons. const., déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Rec. Cons. const., p. 258.

⁴ I. VACARIE et A. LYON-CAEN, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421

⁵ I. VACARIE et A. LYON-CAEN, *op. cit.*,

Dans le second cas, la logique est tout autre, « la conciliation devient une fin en soi. La simple justification ne suffit plus. La logique de proportion vise à sanctionner toute restriction à l'exercice d'une liberté ou d'un droit qui aurait des conséquences excessives pour ses titulaires. »¹. Dans ces circonstances, la question n'est pas seulement de savoir si l'atteinte à la liberté d'entreprendre que constitue l'obligation de rechercher un repreneur dans les conditions précitées est justifiée au nom du droit constitutionnel à l'emploi, il faut également vérifier qu'elle est proportionnée au regard de cet objectif et donc s'assurer que cette obligation contrôlée par le tribunal de commerce, dont la violation peut donner lieu à une sanction comminatoire, ne porte pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre de l'employeur qui a décidé de fermer un site plutôt que de le vendre alors même qu'il n'a aucun motif légitime pour refuser l'offre sérieuse qui lui a été présentée.

41. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS observe que cette évolution du contrôle de justification de l'atteinte à un contrôle de proportionnalité a plutôt tendance à favoriser l'essor des libertés économiques au détriment des droits de la personne. Ainsi, « là où la liberté d'entreprendre, engagée dans une logique de justification s'inclinait face à des objectifs concurrents, il est aujourd'hui exigé qu'elle soit conciliée avec ces autres objectifs, sans qu'il ne lui soit porté une atteinte excessive. »². Elle souligne que « c'est d'ailleurs à partir de l'engagement du Conseil constitutionnel dans une logique de proportion que celui-ci a prononcé ses premières censures sur le fondement de la liberté d'entreprendre »³. Il a ainsi censuré la tentative de redéfinition du licenciement pour motif économique opérée en 2002, particulièrement maladroite et de surcroît inutile, au motif que celle-ci portait à « *la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi* »⁴.

Soulignant à cette époque, que « les marges d'actions de l'État législateur sont d'ores et déjà fortement entamées par de profonds mouvements : la concurrence, même entre systèmes sociaux, gagne en intensité pendant que la socialisation recule », Antoine LYON-CAEN s'interrogeait sur la pertinence « dans ce contexte de désarmer davantage l'État

¹ V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, art. préc

² V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, art. préc

³ Cons. const., déc. n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Rec. Cons. const., p. 176 ; AJDA 2001, p. 102, note J.-E. SCHOETTL ; D. 2001, Somm. p. 1765, obs. A. ROUX et Cons. const., déc. n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, Rec. Cons. const., p. 49.

⁴ Cons. const., déc. n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, préc.

législateur au nom de la protection constitutionnelle assurée... à la liberté d'entreprendre »¹. Il redoutait que ne soit ouverte la voie de « l'érosion [du] droit social désormais soumis aux grands vents de la liberté d'entreprendre ». Il craignait ainsi que la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi de modernisation sociale ne constitue le point de départ d'une nouvelle ère « celle d'un droit du travail placé sous la surveillance constitutionnelle du droit du marché, dont la liberté d'entreprendre constitue le premier pilier »². Douze ans après cet article, il apparaît malheureusement que sa crainte était fondée et que cette nouvelle ère risque de s'éterniser au moins aussi longtemps que le fonctionnement du Conseil constitutionnel ne sera pas réformé et que la doctrine constitutionnelle de (sur ?)protection de la liberté d'entreprendre sera aussi vivace.

42. En effet, dans le commentaire publié sur le site internet du Conseil relatif à la décision de censure partielle de la loi dite « loi Florange », ils admettent, le contraire eut été délicat au regard du contenu de cette décision, éminemment critiquable, que « *le Conseil procède fréquemment à un contrôle fondé sur la liberté d'entreprendre en lien avec d'autres libertés dont elle est proche, qu'il s'agisse de la liberté contractuelle ou de l'exercice du droit de propriété. Lorsque la conciliation met en cause, non plus un principe constitutionnel, mais un motif d'intérêt général, le contrôle du Conseil constitutionnel tend à se renforcer* »³. Ce contrôle « renforcé » de la légitimité et de la proportionnalité des restrictions apportées à la liberté d'entreprendre au nom du droit à l'emploi conduit ainsi le Conseil, sous couvert d'un contrôle de proportionnalité, à substituer son appréciation à celle du législateur, alors même qu'il le censure lorsque celui-ci autorise le juge à substituer la sienne à celle de l'employeur...

43. Ainsi, s'il affirme que le législateur peut apporter à la liberté d'entreprendre « *des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »⁴, le Conseil se limite à apprécier la constitutionnalité d'une disposition légale restreignant la liberté d'entreprendre à travers le prisme exclusif du degré d'atteinte porté à la liberté d'entreprendre, en « omettant » de la confronter à l'objectif poursuivi par le législateur.

¹ A. LYON-CAEN, « La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprendre », La Revue des droits de l'homme, 2014, <http://revdh.revues.org/830>

² A. LYON-CAEN, art. préc.

³ Commentaire du conseil constitutionnel sur sa décision sur la loi du 27 mars 2014 préc.

⁴ Cons. const., déc., du 27 mars 2014, préc., cons. 7

Plusieurs décisions récentes du Conseil constitutionnel illustrent ce mésusage du contrôle de proportionnalité, à l'instar de celle du 13 juin 2013 dans laquelle le Conseil constitutionnel fait peu de cas de l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il déclare inconstitutionnelles les dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi relatives aux clauses de désignation et de migration¹. Alors même que la CJUE a estimé que ces clauses imposant à toutes les entreprises de la branche d'assurer leurs salariés auprès du même organisme, y compris alors qu'elle étaient déjà affiliées à un autre, étaient conformes au droit européen de la concurrence, plutôt libéral également, notamment parce qu'elles reposaient sur un principe de solidarité permettant d'offrir aux salariés le bénéfice de garanties collectives à moindre coût grâce à la mutualisation des risques opérée au niveau de la branche², les Sages ont pour leur part considéré que les dispositions légales y afférentes portaient « *à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques* »³. Au vu de la motivation, laconique, du Conseil constitutionnel on peut légitimement se demander s'il a réellement comparé l'importance de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle à l'objectif poursuivi par le législateur de permettre aux partenaires sociaux de mutualiser les risques au niveau de la branche pour offrir aux salariés l'accès à une protection sociale complémentaire de qualité à moindre coût, ou s'il a simplement considéré que cette atteinte était disproportionnée sans même confronter sa portée à « l'importance » de l'objectif poursuivi par le législateur ?

La décision du 27 mars 2014, qui a partiellement censuré les dispositions relatives au contrôle et à la sanction de l'obligation de rechercher un repreneur avant la fermeture d'un site induisant un licenciement collectif, justifie également cette interrogation ainsi qu'une autre, essentielle (inquiétante ?), sur la capacité de cette « juridiction d'exception » à

¹ Fréquemment prévues dans les conventions de branche instaurant un régime obligatoire de protection sociale complémentaire, ces clauses imposaient à l'ensemble des entreprises de la branche d'assurer leur personnel auprès de l'un des organismes conventionnellement désigné, peu important qu'elles aient, avant d'être soumises à ces clauses, conclu un contrat d'assurance groupe avec un autre organisme. Elles devaient en tout état de cause assurer leur personnel auprès de l'organisme désigné dans la convention et modifier leur affiliation, quitte à résilier le contrat d'assurance groupe conclu initialement auprès d'un autre organisme.

² CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-67/96, *Albany et a.*, AJDA 2000. 307, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. DE BERGUES. ; *ibid.* 808, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. DE BERGUES. ; Dr. soc. 2000. 106, note X. PRETOT. ; *ibid.* 2003. 751, chron. S. VAN RAEPENBUSCH ; RDSS 2000. 212, étude F. MULLER. ; RTD eur. 2000. 335, chron. J.-B. BLAISE et CJCE, 21 sept. 2000, aff. C-222/98, *Van der Woude*, D. 2000. 410 ; RTD com. 2001. 537, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO ; RTD eur. 2002. 103, chron. L. IDOT ; *ibid.* 339, chron. J.-B. BLAISE, J. BARTHELEMY, « Clauses de désignation et droit de la concurrence », Dr. soc. 2011. 853 ; CJUE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R/Beaudout*, JCP S 2011, 1146, note S. BEAL et P. KLEIN. ; AJDA 2011. 1007, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; RFDA 2011. 1225, chron. L. CLEMENT-WILZ, F. MARTUCCI et C. MAYEUR-CARPENTIER ; RSC 2012. 315, chron. L. IDOT ; RTD eur. 2011. 829, obs. J.-B. BLAISE ; J. BARTHELEMY, « Clauses de désignation et de migration au regard du droit communautaire », JSL 24 mars 2011, n° 296.

³ Cons. const., déc. n° 2013-672 DC, du 13 juin 2013, préc., cons. 13.

s'immiscer dans les choix opérés par le législateur s'érigeant ainsi en quelque sorte en « co-législateur »¹, en substituant son appréciation à celle de la majorité parlementaire².

44. En effet, dans cette décision, le Conseil constitutionnel a considéré que le contrôle confié par le Parlement au tribunal de commerce, autorisé à juger non seulement du caractère sérieux ou non d'une offre de reprise, mais aussi de l'existence d'un motif légitime justifiant le refus par l'entreprise d'une offre sérieuse, conduisait à permettre au « *juge [de] substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise, qui n'est pas en difficulté, pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise. (...) [L]'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » par le législateur³. Celui-ci entendait pourtant grâce à ce dispositif « *maintenir l'activité et préserver l'emploi en favorisant la reprise des établissements dont la fermeture est envisagée lorsqu'elle aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif* », pour mettre en œuvre l'exigence constitutionnelle que constitue le droit à l'emploi⁴.

45. Cette décision est éminemment critiquable⁵, et critiquée¹, dans la mesure où, à l'instar de la censure des clauses de désignation/migration, elle repose sur un

¹ Avant la réforme de 2008, le Conseil constitutionnel n'était pas une juridiction (sauf en quelques matières, comme le contentieux électoral). depuis cette réforme, non seulement le Conseil constitutionnel s'apparente peu ou prou à une juridiction, mais de surcroît il prend de plus en plus de libertés avec l'article 61 de la Constitution dont pourtant il répète abondamment qu'il ne lui accorde pas le même pouvoir d'appréciation que celui du Parlement. Il pourrait ainsi subir les foudres de la CEDH à l'instar de la Chambre des Lords dont la réforme a été accélérée à la suite de l'affaire *McGonnel c. Royaume uni* qui laissait présager une future condamnation de cette institution du fait de la position particulière des *laws lords* ayant des fonctions législative et judiciaires (ils contrôlaient ainsi la constitutionnalité des textes adoptés). Pour autant si une telle menace devait peser sur le Conseil constitutionnel, elle serait bienvenue dans la mesure où elle imposerait la réforme souhaitable, et souhaitée, du fonctionnement actuel du Conseil constitutionnel ; V. C. RADÉ, « Réformer le Conseil constitutionnel », Dr. soc, oct. 2014, p785 ; J.-P. CHAZAL, art. préc. ; B. BEIGNIER : « Legislator Juris dictio » , Droit de la famille, 2011, n°3

² Au vu de ses récentes décisions et du statut particulier de cette institution dont le rôle actuel diffère sensiblement de la mission qui lui fut confiée par les constituants et le peuple français en 1958, il est (malheureusement) légitime de se poser cette question, fort inquiétante au demeurant dans une société démocratique... En ce sens, V. not. J.-P. CHAZAL, art. préc. ; sur cette question.

³ Cons. const., déc. 2014-692, du 27 mars 2014, préc., cons. 21

⁴ Décision du Conseil constitutionnel, DC 2014-692 du 27 mars 2014, préc., cons. 8

⁵ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, JO du 1^{er} avril 2014, p. 6227 ; sur cette loi V. G. NOTTE, « Loi « Florange » n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie

« raisonnement » juridique bancal, pour ne pas dire fallacieux, fondé sur un syllogisme et un mésusage du contrôle de proportionnalité². Comme le souligne Jean-Pascal CHAZAL, elle met en exergue le fait que « le Conseil constitutionnel n'est pas le gardien neutre de la Constitution, contrairement à l'image qu'il cherche à faire valoir et aux mesures d'autolimitation de son pouvoir qu'il a cherché à mettre en place par le passé, (...) il dissimule [en réalité] l'exercice d'un pouvoir politique derrière des principes juridiques (propriété et liberté d'entreprendre) »³.

La « politisation » de la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est guère surprenante ; elle était quasiment inévitable depuis qu'en 1971, il a élargi le périmètre des principes dont il est le garant de la « Constitution institutionnelle » à la « Constitution

réelle », JCP E 2014, act. 269 ; R. DALMASSO, « Le désamorçage de l'obligation de recherche d'un repreneur – Libres propos après la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014 », SSL 214, n° 1625 ; R. DUPIRE et D. CHATARD, « Fermeture d'un établissement et recherche d'un repreneur », JCP S 2014, 1194 ; C. WILLMANN, « Recherche d'un repreneur en cas de fermeture d'un site : une nouvelle obligation, au champ d'application très restreint, et pratiquement pas sanctionnée », Lexbase hebdo, éd. soc. 2014, n° 566, N° LXB : N1715BU3 ; J.-P. CHAZAL, art. préc. ; T. SACHS et S. VERNAC, art. préc.

¹ Cons. const., déc. n° 2014-692, du 27 mars 2014, JO du 1^{er} avr. 2014, p. 6232, sur cette décision V. P.-A. ANTONMATTEI, « L'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement : censure partielle du Conseil constitutionnel », Dr. soc. 2014, p. 574, C. RADÉ, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la liberté d'entreprendre (à propos de la décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, Loi visant à reconquérir l'économie réelle) », Lexbase hebdo, éd. soc. 2014, n° 566, N° LXB : N1701BUK ; pour des critiques virulentes de cette décision V. T. SACHS et S. VERNAC, « La fondamentalisation d'un ordre libéral – À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014, loi sur la reconquête de l'économie réelle », RDT 2014, p. 528 ; A. FABRE, « La promesse présidentielle de « Florange » à l'épreuve du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre », Constitutions 2014, p. 204 ; J.-P. CHAZAL, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », D. 2014, p. 1101, pour un avis contraire et une critique virulente de ce article V. L. D'AVOUT, « La liberté d'entreprendre eu bûcher ? – Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », D. 2014, p. 1287, sur la réponse de J.-P. CHAZAL à L. D'AVOUT, V. J.-P. CHAZAL, « Réponse d'un faux « politiste » à un vrai juriste », consultable à l'adresse suivante http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/140610_Reponse%20faux%20politiste.pdf.

² En dépit de ce qu'affirme le Conseil, le Parlement n'avait nullement mis à la charge des entreprises de mille salariés au moins, ou appartenant à un groupe employant cet effectif, la moindre obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime. Les dispositions déferées prévoyaient simplement une sanction pécuniaire, d'un montant comminatoire certes, lorsque le tribunal de commerce estimait que l'employeur avait refusé, sans motif légitime, une offre sérieuse « *au regard notamment de la capacité de [son] auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement* ». De surcroît, le Conseil affirme que cette obligation, inexistante, et la compétence confiée au tribunal de commerce pour en contrôler le respect et en réprimer la violation font peser sur les choix économiques de l'entreprise un ensemble de contraintes restreignant de manière manifestement disproportionnée le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. L'amalgame de l'atteinte portée à ces droits et libertés économiques laisse perplexe... Si la caractérisation de la disproportion d'une atteinte portée à un droit constitutionnellement protégé peut résulter d'un cumul de contraintes, il apparaît en revanche que lorsqu'un tel cumul porte atteinte à plusieurs droits/libertés, la proportionnalité du degré de l'atteinte portée respectivement à chacun doit faire l'objet de contrôles distincts, particulièrement en présence de droits dont les titulaires diffèrent... À ce titre, comme le relève un auteur, si le Conseil avait examiné séparément les atteintes portées au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, il n'est pas certain que la disproportion aurait été si manifeste... ; A. FABRE, art. préc.

³ « Dire que les juges sont politiquement engagés, et les membres du Conseil constitutionnel ne font pas exception, ne signifie pas forcément qu'ils sont militants ou encartés dans un parti. Cela veut dire que, dans l'exercice de leur office, ils mobilisent nécessairement, même si c'est parfois de manière inconsciente, des théories, des idéologies, pour comprendre le monde dans lequel ils vivent et rendent leur décision en choisissant telle solution plutôt que telle autre. » ; V. J.-P. CHAZAL, art. préc.

sociétale »¹. Qualifié par certains de « coup d'état », de « détournement de pouvoir » ou encore de « révolution »², l'élargissement aux droits fondamentaux du spectre des règles dont le Conseil constitutionnel s'est autoproclamé garant face à la loi induisait en effet le « risque » que celui-ci soit saisi de questions plus politiques que juridiques par les Parlementaires qui³, ne l'oublions pas, sont pour l'immense majorité d'entre eux des hommes et des femmes politiques appartenant à un parti ayant une ligne idéologique plus ou moins clairement définie. Or, s'il est un terrain sur lequel la réalisation de ce risque est particulièrement probable c'est celui de la régulation sociale des restructurations qui constitue l'un des derniers ilots propices aux débats idéologiques « opposant le capital au travail » (particulièrement lorsqu'est en question la conciliation de la liberté d'entreprendre et droit à l'emploi), réminiscence de la logique innervant la lutte des classes à laquelle la Nation française semble toujours attachée.

46. Si la nature plus ou moins juridique ou politique de la question dont il est saisi échappe au Conseil constitutionnel, il est en revanche libre (et donc responsable) de choisir la « manière » dont il y répond. Certes, le dispositif de contrôle et de sanction adopté par le Parlement afférent à l'obligation rechercher un repreneur n'était pas exempt de critique. Il n'en reste pas moins que l'on peut légitimement s'interroger sur la réalité de la disproportion de l'atteinte qu'il portait à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif de maintien de l'activité et de l'emploi poursuivi par le législateur... Sanctionner lourdement une grande entreprise qui décide de fermer un site et de licencier son personnel alors que, sans raison légitime, elle a refusé une offre de reprise sérieuse qui aurait pu assurer la pérennité de l'activité et des emplois sur le site et, éventuellement, éviter de bouleverser l'équilibre économique et social du bassin d'emploi local, porte-t-il une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi ? Faut-il le rappeler, cet objectif traduisait une promesse électorale du Président de la République, démocratiquement élu par la majorité des français pour mettre en œuvre son programme politique, à l'instar des Parlementaires, pour la plupart investis par un parti, pour lesquels la majorité du peuple français a voté (directement ou indirectement) sur la base de considérations politiques, plus que juridiques... Le Conseil constitutionnel semble peu à peu, du moins dans certains

¹ Décision du Conseil constitutionnel : DC 71-44 du 16 juillet 1971

² J.-P. CHAZAL, art. préc. A. WERNER, *Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant*, Pouvoirs 1993. 117.

³ En ce sens B. BEIGNIER, art. préc. ; Décision du Conseil constitutionnel DC 2010-92, QPC du 28 janv. 2011

domaines, « oublier » que l'article 61, de la Constitution ne lui « *confère pas (...) un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* », formule qu'il n'hésite pourtant pas à répéter *ad nauseam* et à invoquer lorsque la question dont il est saisi relève d'un choix sociétal. Comme il l'a fait par exemple dans la décision statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage homosexuel, dans laquelle il refuse de prendre parti sur une question de société en rappelant que cette question relève de la seule et unique compétence du législateur¹.

47. Que l'on approuve ou non la solution adoptée le 27 mars 2014, qu'on la considère fondée sur un raisonnement juridique « implacable » éloigné de toute considération idéologique ou au contraire qu'on estime qu'elle procède d'un raisonnement juridique discutable « travestissant » des motifs politiques, une chose est sûre : elle justifie l'impuissance du droit social face aux restructurations et semble condamner, pour l'heure², toute possibilité de « dialogue entre droit du travail et droit des sociétés ».

En réaffirmant qu'autoriser le juge à contrôler la légitimité de l'option retenue par l'employeur entre différents choix de gestion mettant en cause la suppression de nombreux emplois est « inconstitutionnel » du fait de l'atteinte disproportionnée portée à la liberté d'entreprendre, cette décision confirme que la préservation de l'emploi, si elle est une exigence constitutionnelle, n'est pas un paramètre dont la loi peut imposer la prise en compte lorsqu'est arrêtée une décision de restructuration. Cette solution condamne le droit social au rôle de « gestionnaire » des conséquences sociales des restructurations, à la fonction de régulateur des effets néfastes des décisions économiques sur lesquelles il ne peut agir ; elle légitime l'impuissance du juridique/politique face à l'économique/financier... En attendant une hypothétique réforme du Conseil constitutionnel ou un changement de sa doctrine subordonné au renouvellement de ses membres, est en quelque sorte « constitutionnalisé », le concept d'entreprise entendu comme la « chose » des associés/actionnaires titulaires d'un droit propriété constituant un « sanctuaire inviolable »³. Cette conception de l'entreprise n'est pas neutre idéologiquement. Elle constitue une négation de la réalité sociale de cette organisation dont dépend la création de richesses et d'emplois et assimile purement et

¹ Cons. const., déc. n° 2010-92, du 28 janv. 2011, JO du 29 janvier 2012, p. 1894, sur cette décision V. not. B. BEIGNIER, art. préc.

² Nous ne perdons pas l'espoir qu'une réforme du Conseil constitutionnel soit envisagée, nombreux sont ceux qui la réclament ou qui souhaitent que ce dernier revienne sur sa doctrine de surprotection de la liberté d'entreprendre. En ce sens, V. J.-P. CHAZAL, art. préc. ; C. RADÉ, art. préc. ; A. LYON-CAEN, art. préc.

³ J.-P. CHAZAL, art. préc.

simplement les prérogatives du chef d'entreprise découlant de la liberté d'entreprendre au droit de propriété sur celle-ci qui appartient, le plus souvent, à une société dont le capital est lui-même détenu par des actionnaires¹. Cette conception nie la personnalité juridique de la société et l'existence d'un intérêt social distinct de celui de ses propriétaires. Que l'on souscrive ou non à cette idéologie n'est évidemment aucunement un problème, ce qui l'est en revanche c'est qu'elle soit imposée par le Conseil constitutionnel au législateur dont la conception idéologique différente est censurée (au propre comme au figuré). Ainsi, alors même que le peuple français a élu démocratiquement à la magistrature suprême et au Parlement des hommes et des femmes défendant une certaine conception de l'entreprise, de son rôle économique et social, cette idéologie qui a pourtant séduit la majorité des français est censurée par cinq personnes qui n'ont pour « légitimité démocratique » que leur nomination par l'un des trois plus Hauts personnages de l'État ...

48. Au-delà de cette question essentielle, et quelle que soit la définition de l'intérêt social ou de la finalité de l'entreprise à laquelle on souscrit, en « sanctuarisant » le droit de propriété et la liberté d'entreprendre et en faisant primer les intérêts particuliers de leurs titulaires sur l'intérêt général, cette décision entrave la capacité du législateur à réguler les conséquences délétères de la financiarisation de l'économie qui provoque et entretient la désindustrialisation des pays occidentaux, le chômage de masse, et l'accaparement des richesses par une infime minorité de la population².

La jurisprudence constitutionnelle actuelle interdit en pratique au législateur de réellement concilier liberté d'entreprendre et droit à l'emploi dans la régulation du coût social des restructurations, le législateur ne pouvant porter la moindre atteinte à la liberté d'entreprendre sans risquer de devoir passer sous les fourches caudines des pensionnaires de la rue de Montpensier, l'objectif consistant à mettre en œuvre le droit à l'emploi n'étant nullement pris en considération par les Sages lorsqu'ils se livrent au « contrôle de proportionnalité » de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre .

49. *Droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise.* La régulation des coûts sociaux des restructurations impose que soient conciliés liberté d'entreprendre et droit constitutionnel des salariés à participer à la gestion de l'entreprise, conciliation nettement

¹ J.-P. CHAZAL, art. préc.

² J.-P. CHAZAL, art. préc.

moins problématique que celle de la liberté d'entreprendre avec le droit à l'emploi. La réflexion sur la place à accorder aux salariés dans la gestion de l'entreprise est ancienne¹. Au sortir de la seconde guerre mondiale, la volonté d'assurer la cohésion sociale de la Nation a donné une nouvelle dimension au débat relatif à la participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Pour mémoire, le programme du Conseil national de la résistance prévoyait l'introduction de la cogestion dans toutes les entreprises exploitées sous forme de sociétés anonymes, ce qui ne saurait surprendre eu égard à l'attachement le Général DE GAULLE au principe de participation². Toutefois, à la différence de l'Allemagne, la France n'a jamais instauré ce principe, les principaux intéressés y étant fermement opposés.

Le droit à la participation des salariés a été constitutionnellement reconnu sous la IV^{ème} République par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* », puis sous la V^{ème} grâce à « l'élargissement » du bloc de constitutionnalité opéré par les Sages en 1971³. La participation des salariés à la gestion de l'entreprise repose sur trois « mécanismes » différents, caractérisant un degré d'implication plus ou moins important des représentants des salariés dans la gestion.

50. L'information/consultation des représentants du personnel. L'ordonnance du 22 février 1945, créant les comités d'entreprise, affirmait qu'il était « *indispensable de laisser au chef d'entreprise, qui a, devant la Nation, la responsabilité de l'affaire qu'il dirige, une autorité correspondant à cette responsabilité* », les comités d'entreprise ayant ainsi des pouvoirs « *consultatifs, sauf en ce qui concerne la gestion de l'entreprise* »⁴, domaine sur

¹ Comme le rappelle Emeric JEANSEN, « Le thème de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise s'affirme à la fin du 19^e siècle, en réponse aux contradictions de l'économie capitaliste naissante. Plusieurs théories politiques et philosophiques justifient la naissance de ce thème. Le courant "utopiste" propose de dépasser l'opposition entre capital et travail par une nouvelle organisation salariale fondée sur l'association. Le courant "humaniste", proche de la doctrine sociale de l'Eglise, estime que la participation permet d'assurer la dignité de l'homme au travail. Le courant "productiviste" fait de la participation du salarié aux résultats et au capital, un facteur d'amélioration quantitative et qualitative des résultats de l'entreprise par la motivation des salariés. » ; Jcl., Traité travail, 2014, fasc. 15-82

² Attachement illustré notamment dans ses discours du 4 janvier 1958 à Saint-Étienne et du 29 juin 1968 à Bayeux dans lequel il déclara « Il s'agit que, dans chacune de nos activités, par exemple, une entreprise ou une université, chacun de ceux qui en font partie soit directement associé à la façon dont elle marche, aux résultats qu'elle obtient, aux services qu'elle rend à l'ensemble national. Bref il s'agit que la participation devienne la règle et le ressort d'une France renouvelée ».

³ Cons. const., déc. n° 71-44, du 16 juil. 1971, préc.

⁴ Ordonnance n° 45-280, du 22 fév. 1945 Institution de comités d'entreprises, JORF du 23 fév. 1945, p. 954, exposé des motifs ; V. J.-M. BERAUD : « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de J. PÉLISSIER*, éd. Dalloz, 2004, p. 55.

lequel l'obligation de le consulter sera consacrée par la loi du 16 mai 1946¹. Le comité d'entreprise, présidé par l'employeur, était initialement conçu comme un organe de coopération. L'article 2 de l'ordonnance du 22 février 1945 disposait en effet que « *le comité d'entreprise coopère avec la direction* ». Les rédacteurs du texte souhaitaient ainsi que se nouent « *des contacts fréquents entre le chef d'entreprise et les représentants des travailleurs dominés par le souci de l'œuvre commune à laquelle la direction et le personnel sont attachés* », ce qui devait permettre l'émergence de « *méthodes et pratiques nouvelles de coopération entre le chef d'entreprise et les salariés* »².

La conception du rôle du comité d'entreprise était paradoxale puisque l'ordonnance précisait que « *le comité ne saurait avoir un caractère revendicatif* » ; il était donc en quelque sorte demandé à l'organe représentant les salariés de se comporter comme un représentant du capital mais sans avoir le moindre pouvoir sur les choix relatifs à la gestion de l'entreprise ou à sa politique économique et sociale³. Ce paradoxe n'était que le reflet de celui qui caractérisait la société d'après guerre, enthousiasmée par la reconstruction économique et la volonté de bâtir une société de progrès et de paix sociale tout en redoutant la « menace communiste »⁴, dans un monde coupé en deux par la Guerre froide. En pratique, les comités d'entreprise n'ont jamais été l'organe de coopération qu'ils devaient être aux termes de l'ordonnance de 1945. Ils ont toujours été, et sont encore, un lieu d'expression des intérêts des salariés⁵ et non un cadre de réflexion conjoint sur l'orientation de la stratégie ou de la gestion de l'entreprise dans le souci d'assurer le « bien commun »⁶.

51. D'organe censé coopérer avec la direction, le comité d'entreprise a donc vu son rôle réduit à celui d'organe consultatif. À la différence de l'Allemagne où le concept de paix sociale est, et c'est un euphémisme, bien plus intégré dans la culture/l'idéologie collective qu'en France, le droit à la participation des salariés à la gestion de l'entreprise consacré en 1946 n'a pas donné lieu à la mise en place d'une cogestion rejetée tant par les milieux patronaux que syndicaux. Les premiers ne souhaitaient pas (et ne le souhaitent pas davantage aujourd'hui) partager leur pouvoir de gestion et de décision avec les seconds, ce qui

¹ Loi du 16 mai 1946, cette loi a également abaissé le seuil d'effectif imposant la mise en place d'un comité de cent à cinquante salariés ; V. J.-M. BERAUD, art. préc.

² Exposé des motifs de l'ordonnance du 22 fév. 1945, préc. ; V. J.-M. BERAUD, art. préc.

³ En ce sens, J.-M. BERAUD, art. préc.

⁴ V. J.-M. BERAUD, art. préc.

⁵ Art L. 2323-1 C. trav. ; V. J.-M. BERAUD, art. préc.

⁶ J.-M. BERAUD, art. préc.

impliquerait un partage redouté d'informations économiques et stratégiques, tandis que les syndicats considéraient (et considèrent encore pour un certain nombre d'entre eux) que « la codécision est toujours un peu compromettante »¹, et refusent d'avoir à assumer une quelconque responsabilité dans la prise de décisions, surtout lorsqu'elles impliquent des suppressions d'emplois ou la remise en cause de certains droits des salariés. Si, au fil du temps et des réformes, les comités d'entreprise ont vu s'élargir les domaines dans lesquels leur information/consultation s'impose à l'employeur, ils n'ont pour autant jamais disposé d'un quelconque pouvoir de décision.

Appelés à assurer l'expression collective des salariés nécessaire à la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion de l'entreprise, les comités d'entreprise doivent certes être informés/consultés avant la mise en œuvre de projets intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise². Toutefois, ils ne disposent d'aucune faculté de décision en la matière. Ces projets, parmi lesquels figurent ceux de restructuration³, relèvent du seul pouvoir de direction du chef d'entreprise libre d'entreprendre et d'organiser/réorganiser l'entreprise à sa guise.

Ainsi, l'information/consultation du comité d'entreprise sur les décisions intéressant la marche générale de l'entreprise et notamment celles de restructurations et de compressions d'effectifs, ne constitue qu'une forme « molle » de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise⁴. Si l'employeur doit recueillir l'avis des représentants du personnel sur l'opération projetée et les mesures sociales d'accompagnement envisagées, il n'est aucunement obligé de tenir compte de leur opinion, de leurs propositions alternatives au projet économique ou de leurs suggestions tendant à améliorer les dispositifs de reclassement interne et externe destinés à limiter au maximum le nombre de ruptures et à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés qui seront inéluctablement licenciés. Les membres du comité ne peuvent ni imposer la prise en considération des intérêts des salariés lors du processus décisionnel, ni s'opposer à la mise en œuvre des projets arrêtés par la direction de l'entreprise⁵, à la différence des représentants du personnel en Allemagne.

¹J.-M. BERAUD, art. préc.. R. VATINET, « Sur le devenir des contentieux des PSE », JCP S 2013, 121.

²Art. L. 2323-6, C. trav

³ Plus spécifiquement visés à l'article L. 2323-15 du Code du travail et à l'article L. 1233-30 lorsqu'elles induisent un projet de grand licenciement collectif.

⁴ V. FRAISSINIER-AMIOT : « La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? », LPA 2008, n° 99, p. 6.

⁵Projets bien souvent arrêtés avant même que ne soit ouverte la consultation, en dépit du principe d'antériorité de la consultation. A ce titre, on ne peut regretter l'abrogation en 2005 de l'article 101 de la loi de modernisation sociale n°2002-73 (suspendue en 2003) qui conférait au comité d'entreprise un droit d'opposition à certains projets de restructuration. Le comité d'entreprise pouvait ainsi s'opposer à la mise en œuvre d'un projet de

52. La participation des salariés à la gestion de l'entreprise constitue « l'un des piliers du droit du travail allemand »¹, ce qui se traduit par une participation effective à la gestion de l'entreprise, pour les représentants du personnel qui disposent d'un réel pouvoir de cogestion. En effet, le droit allemand impose la cogestion au niveau de l'établissement dont le comité dispose de pouvoirs importants. Le comité d'établissement doit ainsi participer, selon des degrés divers, à toutes les décisions susceptibles d'affecter la situation des salariés, qu'il s'agisse de projets relatifs aux conditions de travail ou à la gestion du personnel (y compris les mesures individuelles concernant les salariés), ou encore d'arbitrages économiques, sociaux, stratégiques ou financiers². Si certaines décisions ne donnent lieu qu'à son information, d'autres imposent la consultation du comité qui peut formuler des propositions alternatives, décisions dont la mise en œuvre est parfois subordonnée à son accord. Dans certains domaines, l'employeur est donc privé du pouvoir unilatéral d'arrêter et d'exécuter un projet, un désaccord avec les représentants du personnel imposant la saisine du tribunal du travail ou d'arbitrage³. Il en va notamment ainsi en cas de licenciement collectif, hypothèse dans laquelle l'employeur doit négocier avec le comité un plan social destiné à atténuer les incidences négatives du projet sur la situation des salariés. À défaut d'accord entre l'employeur et le comité, le plan social est établi par le tribunal d'arbitrage⁴.

53. Au-delà de la cogestion imposée au niveau de l'établissement, le droit allemand prévoit dans certaines entreprises, notamment celles organisées sous forme de société de capitaux, la participation des salariés aux organes de direction de l'entreprise⁵. Ainsi, dans certaines d'entre elles, le conseil de surveillance doit être composé d'un nombre égal de représentants des détenteurs du capital et des salariés dont les représentants ne travaillent pas pour l'entreprise mais sont désignés par les organisations syndicales externes, présentes dans

restructuration susceptible d'entraîner la suppression d'au moins cent emplois, envisagée dans le cadre de la cessation d'activité totale ou partielle d'un établissement. Ce droit d'opposition ne s'apparentait pas à un droit de veto. Il imposait la saisine d'un médiateur, saisine suspendant la procédure de médiation qui constituait ainsi la pierre essentielle de l'édifice, pierre qui ne fut jamais posée dans la mesure où le décret fixant la liste des médiateurs n'est jamais parue, laissant ainsi le dispositif mort-né.

¹ C. WEBER : « Le salarié, organe de direction : le modèle allemand », Bull. Joly soc. Numéro spécial juill. 2005 .

² C. WEBER, art. préc.

³ Pour un exposé du pouvoir de gestion des salarié en Allemagne, se reporter à C. WEBER, art. préc.

⁴ V. C. WEBER, art. préc.

⁵ V. C. WEBER, art. préc.

l'entreprise¹. À la différence des membres du conseil d'établissement, les représentants salariés dans les organes de direction doivent exercer leurs fonctions dans le souci premier de préserver l'intérêt de l'entreprise, dont l'intérêt des salariés n'est qu'une composante². Si les représentants des salariés allemands dans les organes de direction des sociétés sont placés sur un pied d'égalité avec les représentants du capital et jouissent des mêmes prérogatives³, tel n'est pas le cas des représentants des salariés français dans les organes sociétaires.

54. Jusqu'en 2013, la présence de représentants des salariés, en cette seule qualité, dotés d'une voix délibérative au sein des organes de direction des sociétés, n'était que facultative, et donc largement ineffective⁴. Certes la loi de modernisation sociale a imposé la représentation des salariés-actionnaires lorsque 3 % du capital de la société était détenu par le personnel⁵, dispositions inapplicables faute de décret précisant les modalités de nomination de ces représentants⁶. Depuis lors, est prévue la représentation obligatoire des salariés actionnaires, dans les sociétés cotées uniquement, dont au moins 3 % du capital est détenu par les salariés. Toutefois, et comme le souligne Gilles AUZERO, il s'agit davantage d'imposer la représentation d'une catégorie spécifique d'actionnaires qu'une véritable représentation des salariés assurant leur droit à participer à la gestion de l'entreprise⁷.

55. Par ailleurs, si les articles L. 2323-62 et suivants du Code du travail imposent la présence de représentants du comité d'entreprise au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés⁸, ils n'y ont cependant qu'une voix consultative. De même, bien que l'article L. 2323-67 du même code accorde au comité d'entreprise la faculté d'intervenir dans le fonctionnement des assemblées générales d'actionnaires, ces prérogatives ne confèrent guère d'effectivité au droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise. Ainsi, aux termes de cet article, est reconnue au comité d'entreprise la possibilité de « *demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence. Il peut également requérir l'inscription de projets de*

¹ V. C. WEBER, art. préc.

² V. C. WEBER, art. préc.

³ V. C. WEBER, art. préc.

⁴ V. C. WEBER, art. préc.

⁵ Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, préc.

⁶ En ce sens, E. JEANSEN, fasc. préc.

⁷ G. AUZERO, « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », Dr. soc. 2013, p. 740.

⁸ Ou dans les sociétés par actions simplifiées, auprès de l'organe visé par les statuts ; art. L. 2323-66, C. trav.

résolutions à l'ordre du jour des assemblées. »¹. Le dernier alinéa de ce texte prévoit en outre que deux membres du comité, désignés par celui-ci, « *peuvent assister aux assemblées générales [et y être] entendus, à leur demande, lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés.* »². Lorsque l'unanimité n'est pas requise, les représentants du comité sont donc « tenus au silence », leur présence à l'assemblée générale présentant essentiellement l'intérêt de leur permettre de recueillir des informations divulguées aux actionnaires³.

56. La représentation facultative des salariés avec voix délibérative au sein des organes sociétaires prévue par les articles L. 225-27 et L. 225-79 du Code de commerce n'ayant guère eu de succès⁴, le législateur de 2013 a imposé la mise en place de cette représentation dans certaines sociétés, comme l'avaient d'ailleurs souhaité les partenaires sociaux⁵. L'article 13 de l'ANI du 11 janvier 2013 stipule ainsi qu'« *afin de favoriser la prise en compte du point de vue des salariés sur la stratégie de l'entreprise, leur participation avec voix délibérative à l'organe de l'entreprise qui définit cette stratégie doit être assurée (avec les mêmes règles de confidentialité que celles appliquées aux autres participants) dans les entreprises dont les effectifs totaux, appréciés à l'échelle mondiale, sont au moins égaux à 10 000 salariés ou à 5 000 appréciés à l'échelle de la France.* ». La loi du 14 juin 2013 a consacré ce principe en reprenant fidèlement les stipulations conventionnelles sur le champ d'application de cette obligation, qu'il s'agisse des seuils d'effectif précités ou de cantonner la représentation obligatoire des salariés au sein des organes de direction aux seules sociétés anonymes et en commandite par actions⁶, tout en réservant un traitement particulier aux sociétés membres d'un groupe. L'obligation d'assurer la présence de représentants des

¹ Art. L. 2323-67, C. trav.

² L'un des membres désigné par le comité doit appartenir à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise et l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, ou les personnes mentionnées aux articles L. 2323-64 et L. 2323-65 ; art. L. 2323-67, C. trav.

³ V. FRAISSINIER-AMIOT, art. préc.

⁴ En ce sens, G. AUZERO, art. préc ; E. JEANSEN, fasc. préc.

⁵ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 13. Avant que l'ANI du 11 janvier 2013 ne soit conclu, Louis GALLOIS avait recommandé dans son rapport sur le *pacte de compétitivité de l'industrie française* (remis au Premier ministre le 5 novembre 2012), de faire entrer, dans les conseils d'administration et de surveillance des entreprises de plus de cinq mille salariés, au moins quatre représentants des salariés, sans dépasser le tiers de leurs membres. Pour une critique de cette proposition, V. H. BARBIER, Rapport GALLOIS et droit des sociétés : les salariés dans les conseils, un modèle à bâtir : Bull. Joly Sociétés 2012, p. 828.

⁶ Comme le souligne Gilles AUZERO, cette volonté « ressort moins du texte de l'article 13 que de son intitulé : « « Représentation des salariés dans l'organe de gouvernance de tête qui définit la stratégie de l'entreprise (conseil d'administration ou conseil de surveillance) ». Il est difficile de faire plus approximatif, les rédacteurs de l'accord confondant, visiblement et allègrement, entreprise, société, société mère et groupe de sociétés ! », G. AUZERO, art. préc.

salariés dotés d'une voix délibérative au sein des conseils d'administration et de surveillance ne concerne donc qu'un nombre très limité de sociétés¹.

Si le droit français prévoit divers dispositifs permettant la représentation des salariés dans les organes de direction des sociétés, ils s'apparentent davantage à des mesures « vitrine » qu'à des mécanismes permettant la concrétisation effective d'une participation efficiente des salariés à la gestion de l'entreprise de nature à leur permettre d'influer sur les décisions de restructuration. Non seulement leur représentation dans les organes sociétaires n'est imposée que dans très peu de sociétés, mais de surcroît les représentants des salariés y sont très minoritaires, ce qui ne leur permet pas de réellement peser sur les décisions de gestion qui y sont arrêtées, d'autant plus qu'ils n'y ont souvent de voix que consultative...

Si le droit fondamental des salariés de participer à la gestion de l'entreprise ne bénéficie que d'une concrétisation *a minima*, via l'information/consultation du comité d'entreprise, ou leur représentation au sein des organes sociétaires pour l'heure très embryonnaire, la forme la plus aboutie de participation des salariés à la gestion repose en réalité sur la négociation et la conclusion éventuelle d'accords collectifs au niveau de l'entreprise².

57. La négociation collective d'entreprise, conciliation de la liberté d'entreprendre et du droit à participer à la gestion et à la régulation sociale des restructurations. Si les syndicats ont accédé au statut d'organisation légale en 1884³, il aura fallu attendre 1919 pour que soit promulguée la première loi sur les conventions collectives⁴, 1968 pour que les syndicats puissent pénétrer dans l'entreprise et y désigner un représentant⁵, 1971 pour que soit reconnu « *un droit des travailleurs à la négociation collective* »⁶ et 1982 pour que soit consacrée dans le Code du travail la catégorie juridique des conventions et accords

¹ Comme le rappelle Gilles AUZERO, « tout aussi approximative que l'accord dans les termes employés, l'étude d'impact jointe au projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi indique qu'« en 2011, le nombre d'entreprises de plus de 5000 salariés employées en France était d'environ 200 – il s'agit de groupes composés eux-mêmes de plusieurs sociétés – employant environ 4 millions de salariés, soit 1 salarié du secteur privé sur 4 ». Quant au nombre d'entreprises ne dépassant pas 5 000 salariés en France, mais en ayant plus de 10 000 dans le monde, il ne dépasserait pas, selon la même étude, une vingtaine d'entreprises » ; G. AUZERO, art. préc.

² En ce sens également, V. FRAISSINIER-AMIOT, art. préc.

³ Loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884.

⁴ La loi du 25 mars 1919, complétée et modifiée par celle du 25 juin 1919 introduit dans le livre 1er du Code du travail, tel qu'il avait été codifié en 1910, un chapitre IV bis du titre II « De la convention collective de travail », comprenant les articles 31 à 31v et 31x et 32.

⁵ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, JORF du 31 décembre 1968, p. 12403

⁶ Loi n° 71-561, du 13 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du Chapitre IV-bis du Titre II du Livre I du code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du Titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 relatives à la procédure de médiation, JO du 14 juillet 1971, p. 6939.

d'entreprise¹. En créant des obligations annuelles de négocier dans l'entreprise (dont les thèmes ne cesseront d'être élargis) et en accordant exceptionnellement aux partenaires sociaux la faculté, strictement encadrée, de déroger *in pejus* aux conventions conclues à un niveau supérieur, la loi Auroux du 13 novembre 1982 constitue le point de départ d'une (r ?)évolution majeure de la négociation collective d'entreprise, qu'il s'agisse de sa finalité, de son objet ou de la place qu'elle occupe dans la création de la norme sociale. Cette évolution est le reflet de deux grandes tendances du droit social français au cours des dernières décennies : sa décentralisation et sa procéduralisation.

58. On a ainsi assisté à un changement d'orientation du rôle et de la finalité de la négociation collective. De la négociation « d'acquisition » permettant d'obtenir au niveau collectif l'amélioration de la situation des salariés placés en situation de faiblesse dans le cadre individuel de la négociation avec l'employeur, on est passé au développement de la négociation de gestion. Le mouvement de décentralisation et de procéduralisation du droit du travail a ainsi conduit à l'essor de la négociation collective d'entreprise en tant qu'instrument de gestion et d'adaptation des normes supérieures aux spécificités de l'entreprise. Ces tendances qui ont « révolutionné » le droit du travail français mettent en application le principe dégagé par HAYECK à la fin du XVIII^{ème} siècle selon lequel « ce qui dépend de circonstances matérielles ne peut relever de règles générales »². Depuis plusieurs années, la loi se limite de plus en plus à régler les relations de travail en fixant un cadre général relativement souple qu'elle laisse le soin aux partenaires sociaux d'adapter³. Depuis la loi du 4 mai 2004⁴, les accords d'entreprise peuvent d'ailleurs, sauf domaine réservé et disposition contraire présente dans l'accord de niveau supérieur, déroger aux stipulations conventionnelles supérieures, ce qui fait de la négociation collective au niveau de l'entreprise un instrument essentiel de son organisation et de sa gestion.

59. La décentralisation et la procéduralisation du droit du travail réalisent ainsi la conciliation entre liberté d'entreprendre et participation des salariés à la gestion de l'entreprise. En permettant de répondre à la demande de flexibilité accrue de la norme sociale,

¹ Loi n° 82-957, du 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux), JORF du 14 novembre 1982 p. 3414

² Cité par A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Essai, PUF, coll. Quadrige, 2002, p. 205

³ A. SUPIOT, *op. préc.*

⁴ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF du 5 mai 2004, p. 7983.

elles renforcent la liberté d'entreprendre et particulièrement celle de gérer et d'organiser librement l'entreprise, tout en subordonnant à l'accord des syndicats la faculté d'adapter le contenu substantiel de la règle et de déroger aux normes supérieures. Si la direction de l'entreprise veut disposer de davantage de marge de manœuvre dans l'organisation du temps de travail, la gestion du personnel, sa mobilité professionnelle et géographique, ou encore la mise en œuvre de restructurations, elle doit trouver un terrain d'entente avec les organisations syndicales, certaines mesures pouvant être mises en place uniquement par voie conventionnelle.

60. Eu égard à l'opposition de principe des syndicats français à participer à la gestion de l'entreprise, singulièrement aux décisions de restructurations, et à l'hostilité des employeurs à partager avec eux leur pouvoir de direction et de gestion, la conciliation entre liberté d'entreprendre et participation des salariés à la limitation du coût social des décisions de restructurations a d'abord consisté à promouvoir la négociation « à froid »¹, en amont de ces opérations. Les partenaires sociaux furent ainsi invités à négocier sur les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise en cas de grand licenciement collectif projeté dans une entreprise de cinquante salariés au moins, en concluant des accords de méthode anticipant éventuellement le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Ces accords, qui ont perdu beaucoup de leur intérêt depuis la réforme de 2013, sont censés sécuriser les procédures de grand licenciement collectif grâce au passage d'une logique d'affrontement à une logique d'engagement². Le soin d'anticiper les incidences des mutations économiques et d'éventuelles restructurations sur l'emploi a également été confié aux partenaires sociaux de l'entreprise qui doivent, dans certains cas, négocier sur la mise en place de dispositifs de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC)³, outil potentiellement efficace pour limiter les coûts sociaux des restructurations en prévoyant des actions de nature à développer l'employabilité des salariés et à favoriser la sécurisation de leur parcours professionnel au sein ou hors de l'entreprise.

¹ Historiquement, comme nous l'avons vu il a d'abord opéré cette conciliation en imposant l'information/consultation des représentants du personnel sur ces projets.

² La négociation des accords de méthode se résume pour les syndicats à accepter un encadrement temporel de la procédure d'information/consultation permettant à l'employeur de pouvoir mettre en œuvre la restructuration destructrice d'emploi rapidement sans craindre de recours judiciaires dilatoires, en contrepartie d'un enrichissement du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

³ Art. L. 2242-12 et s. C. trav.

61. Si les partenaires sociaux étaient, et sont encore pour certains, peu enclins à négocier sur les décisions relatives à la gestion de l'entreprise, un changement de mentalités semble s'être opéré, au moins au niveau national interprofessionnel, puisque l'ANI du 11 janvier 2013 consacre la négociation « à chaud » sur les restructurations. Les projets de grand licenciement collectif envisagés dans une entreprise de cinquante salariés au moins peuvent désormais faire l'objet d'un accord « majoritaire »¹, portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi et éventuellement sur les conditions de mise en œuvre des licenciements et les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet, dont les prérogatives sont en quelque sorte mises sous tutelle syndicale². Là encore, cette négociation permet de concilier liberté d'entreprendre et participation des salariés à la gestion de l'entreprise, en l'occurrence à la régulation sociale des restructurations. En effet, ces accords offrent davantage de flexibilité à l'employeur pour réaliser son projet de restructuration en l'autorisant à déroger au dispositif légal applicable aux grands licenciements collectifs et en permettant que le projet soit soumis à un contrôle administratif « plus léger ». Toutefois, ces « bénéfices » sont subordonnés à l'accord des syndicats « majoritaires »³ qui peuvent donc en principe « peser » sur la conception du projet et participer ainsi à la gestion des incidences sociales des restructurations.

Le « paroxysme » de la négociation collective de gestion est atteint avec les accords de maintien de l'emploi⁴, accords « majoritaires », qui permettent en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles de réduire certains droits contractuels des salariés (durée du travail, rémunération) en contrepartie de l'engagement de l'employeur de ne pas prononcer de licenciement pour motif économique pendant la durée de l'accord⁵.

62. Si la procéduralisation du droit du travail et sa décentralisation, qui accordent désormais une place majeure à la négociation collective d'entreprise dans l'organisation et la gestion de celle-ci, assurent la conciliation entre liberté d'entreprendre et participation des salariés à la gestion, il n'est pas certain, loin s'en faut, que cette conciliation permette de

¹ Pour mémoire il s'agit d'une « majorité affaiblie » puisque sont seuls pris en compte les suffrages exprimés en faveur des syndicats représentatifs au premier tour des dernières élections, réduction de « la base de calculs » facilitant l'obtention d'une signature « majoritaire » ; art. L. 1233-24-1, C. trav.

² Les éléments du projet arrêté dans l'accord ne sont pas soumis à la consultation du personnel au titre de la procédure légale de consultation, art. L. 1233-30, C. trav.

³ Pour mémoire il s'agit d'une « majorité affaiblie » puisque sont seuls pris en compte les suffrages exprimés en faveur des syndicats représentatifs au premier tour des dernières élections, réduction de « la base de calculs » facilitant l'obtention d'une signature « majoritaire », art. L. 5125-4, C. trav.

⁴ E. PESKINE, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuité », RDT 2013, p. 168

⁵ La garantie de maintien de l'emploi étant toutefois relative, comme nous le verrons.

toujours limiter les coûts sociaux des restructurations et préserve effectivement le droit à l'emploi. Pour que se développe une réelle conciliation des différents intérêts, il est nécessaire qu'existe un certain équilibre entre les forces en présence. Or, décentraliser la « création de la norme sociale » au niveau de l'entreprise revient à la confier au niveau auquel l'inégalité des parties est la plus marquée¹. La régulation conventionnelle des coûts sociaux des restructurations ne peut être efficace qu'à la double condition qu'existe un dialogue social de qualité basé sur une réelle confiance entre les parties², et que celles-ci aient réellement le pouvoir et les moyens de négocier. Or, non seulement les syndicats français sont relativement peu puissants dans les entreprises, ce qui les empêche d'être en mesure de peser réellement sur le contenu des accords, mais de surcroît, dans certaines entreprises, l'employeur n'est pas le véritable titulaire du pouvoir de gestion de son entreprise, contrôlée par un groupe ou des investisseurs financiers qui arrêtent les décisions de restructuration, qu'il se contente de mettre en œuvre³.

63. Évolution de la régulation des coûts sociaux des restructurations, illustration des mutations récentes du droit du travail. Étudier l'évolution du traitement social des restructurations met en exergue les mouvements de fond, les importantes mutations qu'a connus le droit du travail au cours des trois dernières décennies. Si ses sources sont aujourd'hui les mêmes qu'hier, leur importance respective dans la création de la norme sociale a en revanche profondément évolué. En témoignent sa constitutionnalisation⁴, sa judiciarisation au cours des vingt dernières années à laquelle la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 tente de mettre un frein en matière de licenciements collectifs⁵, ou encore sa

¹ En ce sens G. BONI, « Regards extérieurs et comparés sur les accords collectifs conclus lors des restructurations », SSL, suppl. 24 nov. 2008, n°1376

² F. GEA, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise : bâtir une culture de la confiance ? », Dr. soc. 2013, p. 717

³ Sur la dilution du concept d'employeur, « l'insaisissabilité » du réel titulaire du pouvoir de direction et ses conséquences sur l'effectivité du droit social.

⁴ Quasiment toutes les lois relatives à la régulation sociale des restructurations adoptées depuis une quinzaine d'années ont fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel : la loi de modernisation sociale (loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002, JORF, 18 janv. 2002), Cons. const. déc. n° 2001-455 DC; la loi de programmation pour la cohésion sociale (loi n°2005-32 du 18 janv. 2005, JORF, 13 janv. 2005), Cons. const. décision n°2004-409 ; loi relative à la sécurisation de l'emploi (loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, JORF 16 juin 2013), Cons. const. n° 2013-672 DC ; loi visant à reconquérir l'économie réelle (loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, JORF du 1^{er} avr. 2014), Cons. cons., décision n° 2014-692 du 27 mars 2014.

⁵ En ce sens, J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi _ « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280 ; F. GEA, « Le droit du licenciement économique, à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210. Sur la procéduralisation du droit, V. not. : P. COPPENS et J. LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », vol. XXX, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Story scientia, 1999, spéc. p. 71 s. ; A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique.

procéduralisation et sa décentralisation. L'ampleur du rôle de la négociation collective n'a cessé de croître, notamment dans la gestion des restructurations, aux dépens d'un législateur consentant qui adopte essentiellement des lois reprenant, plus ou moins fidèlement, les positions des partenaires sociaux au niveau national interprofessionnel et se contente d'élaborer des dispositions cadres, le contenu substantiel de la norme étant renvoyé à la négociation collective ou au pouvoir réglementaire.

64. L'examen de l'évolution du droit social des restructurations met de surcroît en exergue les « changements de cap » qu'a connus la matière, parmi lesquels la transition d'une négociation collective « d'acquisition » à une négociation collective de gestion de l'entreprise participant notamment à la régulation des coûts sociaux des restructurations. Cette évolution met également en évidence le passage d'une logique consistant à essayer d'assurer la « sécurité de l'emploi » face à ces opérations, à une logique de « sécurisation de l'emploi », puis de « sécurisation des parcours professionnels » liée à la recherche de flexisécurité qui innerve le droit social depuis un peu plus de dix ans.

65. Enfin, illustration de la célèbre maxime de Paul MORAND selon laquelle « l'Histoire, comme une idiote, se répète », le droit du travail contemporain est marqué par la « redécouverte » et l'essor « du droit à la santé et à la sécurité au travail »¹, alors même que c'est la nécessité de protéger la santé et sécurité des travailleurs qui a conduit, au cours du XIX^{ème} siècle, à l'adoption des premières lois sociales, pierre angulaire sur laquelle s'est bâti le droit du travail². Certes, en cent-cinquante ans, les « menaces » que fait peser le travail sur la santé et la sécurité des salariés ont évolué, ce qui s'est notamment traduit par la prise en compte, relativement récente mais en plein essor, des risques psychosociaux auxquels sont exposés les salariés du fait des nouvelles techniques managériales toujours plus oppressantes, de la précarisation du travail, des cadences et objectifs toujours plus intenses imposés aux travailleurs dont le stress est source de nombreuses affections et met en péril leur sécurité. La

Des concepts en jeu », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. Droit et société - Recherches et travaux, n° 5, LGDJ, 1998, spéc. p. 67-69.

¹ Cass. soc., 28 fév. 2006, Dr. soc. 2006, p. 514 ; sur l'essor de la prévention des risques sur la santé au travail, V. not. SSL 2014, n° 1165 suppl., doss. spéc. du 8 déc. 2014, ss. la dir. de F. HÉAS, « La prévention des risques au travail », spéc. F. HÉAS, « De la sécurité à la santé, les évolutions de la prévention au travail », SSL suppl., 8 déc. 2014, n°1655, p. 23

² Loi n°76-1106 du 6 déc. 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail ; loi n°82-1097, du 23 déc. 1982, 4^{ème} loi AUROUX, relative aux CHSCT ; loi n°91-1414 modifiant le C. trav. et le C de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition des directives européennes relatives à la santé et à la sécurité au travail

consécration par la majorité des formations de la Cour de cassation, et singulièrement par la plus haute¹, de l'obligation de résultat pesant sur l'employeur « *en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise* » impose la prise compte des menaces qu'une restructuration peut faire peser sur la santé et la sécurité des salariés, qui a fait l'objet d'une reconnaissance légale expresse en 2013.

Il n'est guère surprenant que la régulation sociale des restructurations mette en exergue les grandes mutations qu'a connues le droit du travail au cours des dernières décennies puisque, comme l'affirmait LOYSEL « c'est le fait qui fait le droit » ; le droit social n'échappe pas à la règle (loin s'en faut il en constitue l'une des illustrations les plus topiques) et le législateur a dû adapter le traitement social des restructurations à l'évolution du contexte économique et sociale des cinquante dernières années.

66. *Emergence de la régulation sociale des restructurations destructrices d'emploi (Fin des années 1960 début des années 1980).* Après la période d'embellie économique d'après-guerre, certains pans entiers de l'industrie française ont connu à la fin des années 1960 une crise consécutive à l'achèvement de la période de reconstruction. Tel fut le cas par exemple du secteur de la sidérurgie « victime » notamment des répercussions de la décision de pouvoirs publics de bloquer le prix de l'acier pour assurer le développement de l'industrie automobile. À cette époque, outre la crise qui a frappé divers secteurs industriels (chantiers navals, industrie minière, etc.), les mutations économiques, l'internationalisation des échanges, la production de masse, les progrès techniques et les répercussions du choc pétrolier ont contribué à l'essor des restructurations défensives, destructrices de nombreux emplois.

67. Entre la fin des années 1960 et le début des années 1980, les restructurations et les licenciements pour motif économique sont encore considérés comme des événements « exceptionnels », « des accidents » qu'il convient de traiter « à chaud » et d'encadrer pour essayer d'en limiter au maximum le coût social. C'est ainsi au cours de cette période que s'est amorcé le recul de l'autocratie de l'employeur, jusqu'alors « *seul juge de savoir quels sont les salariés qu'il doit conserver dans l'intérêt de son entreprise* »² et dont le pouvoir de licencier

¹ Cass. Ass. pl. 24 juin 2005, Bull. civ, n°7

² Cass. soc., 15 janv. 1960, Bull. civ. V, n° 49 : « *l'employeur [...] est seul juge de savoir quels sont les salariés qu'il doit conserver dans l'intérêt de son entreprise* » ; en ce sens déjà Cass. soc., 31 mai 1956, Brinon, JCP

ne connaissait de limite que dans l'abus de droit. Si « dans sa dimension absolue, le pouvoir est précisément caractérisé par le fait que, face à son exercice, la question du pourquoi est proprement irrecevable »¹, le législateur a mis fin à « l'absolutisme » du pouvoir unilatéral de l'employeur de rompre le contrat de travail en faisant du droit de licencier un droit causé². Si la loi du 13 juillet 1973, acte créateur du droit du licenciement, a imposé que les licenciements soient fondés sur une cause réelle et sérieuse, que leur motif soit personnel ou économique, elle n'évoquait qu'à la marge les licenciements pour motif économique, notamment pour les exclure de la procédure préalable à la rupture qu'elle instaurait³.

Si, dès 1966, le législateur a obligé l'employeur à informer/consulter le comité d'entreprise sur les projets de compression d'effectif⁴, il aura toutefois fallu attendre la loi du 3 janvier 1975⁵, fondatrice du droit du licenciement pour motif économique, pour que ces ruptures soient l'objet d'un régime légal spécifique consistant notamment à les soumettre à un contrôle renforcé de l'autorité administrative chargée d'autoriser, ou non, les licenciements.

68. En sus du contrôle administratif préalable à tout licenciement pour motif économique, les projets de grand licenciement collectif envisagés dans une entreprise de cinquante salariés au moins furent soumis au contrôle des représentants du personnel auxquels l'employeur devait présenter les raisons économiques, sociales ou financières de son projet de compression d'effectif, et les mesures qu'il envisageait de prendre pour limiter le coût social de sa décision de restructuration destructrice d'emplois. En effet, la loi de 1975 reprit en substance les stipulations de l'avenant à l'ANI de 1969, conclu le 21 novembre 1974, relatives à l'obligation mise à la charge de l'employeur d'élaborer, dans certaines circonstances, un plan social dont la finalité était « *d'une part, éviter ou limiter les mesures de licenciement, et, d'autre part, faciliter au maximum le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité* »⁶. S'il fallut attendre 1989 pour que l'expression « plan

1956, II, 9397, note P. ESMEIN ; D. 1958, p. 21, note G. LEVASSEUR ; Cass. soc., 27 janv. 1971, Bull. civ. V, n° 54 ; Cass. soc., 18 déc. 1972, Bull. civ. V, n° 695.

¹ J.-M. BÉRAUD, art. préc.

² J.-M. BÉRAUD, art. préc.

³ Loi n° 73-680 du 13 juil. 1973, JORF du 18 juil. 1973, relative à la modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée ; J.-M. BÉRAUD, art. préc.

⁴ Loi n° 66-427, du 18 juin 1966, modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises, JO du 25 juin 1966, p. 5267 ; les modalités de cette consultation furent précisées par l'ANI du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi qui instaura également des mesures d'accompagnement des salariés licenciés pour motif économique parmi lesquelles la priorité de réembauche.

⁵ Loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique, JORF, 4 janv. 1975, p. 202.

⁶ Avenant du 21 nov. 1974 à l'ANI du 10 fév. 1969, art. 12 ; Loi n° 75-5, du 3 janv. 1975, préc.

social » fasse son entrée dans le Code du travail¹, l'exigence d'implication de l'entreprise dans l'accompagnement des salariés menacés de perdre leur emploi, fut consacrée dès 1975 au niveau national et européen², illustrant ainsi l'émergence de la nécessité de faire du licenciement pour motif économique l'*ultima ratio*. L'impératif de responsabilisation de l'employeur qui met en œuvre une restructuration destructrice d'emplois a commencé à émerger à cette époque, avant de s'imposer et de devenir, dans les années 1990, l'un des éléments fondamentaux du droit du licenciement pour motif économique.

69. A cette époque où le taux de chômage était encore peu élevé et la dette publique « raisonnable », furent instaurées des mesures socialement acceptables de sortie du marché du travail, parmi lesquelles les préretraites financées en partie par l'État *via* le Fonds National pour l'Emploi (FNE). Si ces préretraites entraînaient la rupture du contrat, elles permettaient d'éviter les licenciements pour motif économique et de limiter l'afflux sur le marché du travail d'un grand nombre de demandeurs d'emploi, les « préretraités » « quittant » le marché du travail en libérant éventuellement des postes pour les salariés menacés de licenciement. Furent également mises en place à l'époque des mesures spécifiques d'indemnisation des salariés licenciés pour motif économique à la charge de l'employeur et du service public de l'emploi.

70. *Mise en place de dispositifs tendant à garantir le paiement des créances salariales.* Si cette période fut celle de la prise de conscience des effets délétères des restructurations sur l'emploi, elle fut également celle au cours de laquelle le législateur prit la mesure de la menace que ces opérations faisaient peser sur le paiement des créances salariales, par essence alimentaires. Le salarié n'ayant pas à assumer le risque de l'entreprise, ses incidences sur les créances salariales doivent être sinon nulles, au moins minimales³. Fut donc mise en place l'Association pour la Gestion du régime de garantie des Salariés (AGS) destinée à garantir le versement, au moins partiel⁴, de certaines créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur, *via* un régime d'assurance reposant sur la solidarité des

¹ Loi n° 89-549, du 2 août 1989, modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JO du 8 août 1989, p. 9954.

² Loi n° 75-5, du 3 janv. 1975, préc. ; Dir. n° 75/129/CEE du Conseil, du 17 fév. 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE n° L 048, du 22 fév. 1975 p. 29.

³ En ce sens, Y. CHAGNY, art. préc.

⁴ Le montant des créances garanties par l'AGS est en effet plafonné.

employeurs au niveau national tenus de cotiser « à l'AGS » pour assurer son financement. Par ailleurs, sous l'impulsion du droit européen, le législateur a instauré une solidarité légale entre employeurs successifs en cas de transfert d'entreprise, le nouvel employeur étant tenu d'assumer les dettes de son prédécesseur à l'égard des salariés repris¹.

71. *Approche lacunaire des répercussions des restructurations sur les droits collectifs des salariés sous l'impulsion du droit européen.* C'est également grâce au droit européen que le législateur a été contraint d'encadrer, au moins partiellement, les incidences des restructurations sur les droits collectifs des salariés. En effet, jusqu'en 1971, les conventions et accords collectifs de travail subissaient de plein fouet l'effet relatif des conventions² et cessaient donc immédiatement de s'appliquer en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur. Fut alors élaboré le régime de la mise en cause de l'application du statut collectif négocié des salariés³, assurant sa survie temporaire, après la restructuration. Ce régime fut complété en 1982 pour renforcer la protection des salariés et la « position » des syndicats lors de la négociation d'un accord destiné à se substituer aux stipulations mises en cause⁴. Fut en effet prévu au bénéfice des salariés le maintien des avantages individuels acquis sur le fondement de l'accord mise en cause, en l'absence d'accord de substitution conclu au cours du délai de survie provisoire des stipulations mises en cause. À cette époque ne furent envisagées que les répercussions d'une restructuration sur l'application des conventions et accords collectifs à durée indéterminée, à l'exclusion de celles affectant l'application des accords à durée déterminée, des engagements unilatéraux de l'employeur, des usages et du règlement intérieur, qui ne sont toujours pas l'objet de dispositions légales et sont donc encadrées par la jurisprudence. De même, si, en 1982, le législateur a envisagé le sort des conventions et accords collectifs « de droit commun », il aura fallu attendre 1989 pour que soient envisagés, « par ricochet », les effets des restructurations sur les régimes de protection sociale complémentaire des salariés et les

¹ Sans préjudice d'un recours en remboursement contre ce dernier, débiteur principal ; art. L. 1224-2, C. trav.

² Art. 1165, C. civ.

³ Loi n°71-561, du 13 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du Chapitre IV-bis du Titre II du Livre I du code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du Titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 relatives à la procédure de médiation, JO du 14 juillet 1971, p. 6939

⁴ Loi n° 82-957, du 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux), JORF du 14 novembre 1982 p. 3414

prestations qui en découlent¹, et 1994 pour que soit réglementé, très partiellement, le sort des régimes supplémentaires de retraite et d'épargne salariale².

C'est également en 1982, toujours sous l'impulsion du droit européen, que le législateur a envisagé le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration³.

1982 constitue ainsi une année « charnière » dans l'évolution du droit du travail ; sa décentralisation commence à s'amorcer grâce à la consécration de la négociation collective d'entreprise non seulement en tant qu'outil, soumis à des conditions, relativement strictes, de flexibilité de la norme sociale, mais également comme vecteur privilégié pour encadrer les incidences des restructurations sur les droits collectifs des salariés.

72. Consécration de la responsabilité sociale de l'employeur, renforcement du contrôle « social » et judiciaire des grands licenciements collectifs (milieu des années 1980 - fin des années 1990). L'encadrement de la régulation sociale des restructurations a profondément évolué au cours des années 1980 et 1990 dans un contexte de montée inexorable du chômage, du second choc pétrolier et de crise structurelle de l'industrie, mais aussi de développement de firmes multinationales et de la dérégulation des marchés financiers.

Ainsi, la multiplication des défaillances d'entreprises entre 1970 et le milieu des années 1980 (le nombre de procédures collectives ayant plus que doublé entre 1970 et 1985)⁴, a conduit le législateur à réformer le droit des procédures collectives en 1985⁵. Pour la première fois, le sort des salariés travaillant dans une entreprise en cessation de paiements est envisagé ; aux côtés du sauvetage de l'entreprise et de l'apurement du passif, le maintien de l'emploi devient alors l'un des objectifs de ces procédures⁶. Pour tenir compte de l'exigence

¹ Sans s'intéresser au sort des garanties et prestations de prévoyance complémentaire en cas de restructuration, le législateur a édicté des mesures tendant à préserver les droits des salariés en cas de changement ou de suppression du régime de garantie collective, de rupture du contrat de travail ou de rupture du contrat d'assurance groupe, autant d'hypothèse susceptibles de résulter d'une telle opération. Loi n° 89-1009, du 31 déc. 1989, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JORF du 2 janv. 1990, p. 13

² Loi n° 94-678, du 8 août 1994, relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, JORF, du 10 août 1994, p. 11655

³ Loi n° 82-915, du 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel (deuxième loi Auroux), JORF du 29 oct. 1982, p. 3255.

⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé : Montchrestien, 8^{ème} éd. 2013

⁵ Loi n° 85-98, du 25 janv. 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, JO du 26 janv. 1985, p. 1097.

⁶ Art. L. 631 1, C com.

de célérité induite par la situation particulièrement critique de ces entreprises, le législateur a décidé d'adapter la procédure de licenciement collectif aux entreprises en difficulté pour qu'elle puisse être menée plus rapidement. Si la procédure de licenciement collectif est « allégée » afin d'assurer une certaine protection de la situation individuelle des salariés, le législateur a subordonné à une autorisation judiciaire préalable le prononcé de licenciements pour motif économique dans une entreprise soumise à une procédure collective.

73. Entre 1981 et 1986, la France a vu son taux de chômage « exploser » ; en 5 ans le nombre de demandeurs d'emplois a augmenté de 50 %¹. À cette époque, le CNPF² réclamait la suppression de l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique, accusée d'être un frein à la création d'emplois, Yvon GATTAZ « promettant » alors que sa suppression permettrait de créer 400 000 emplois... Alors que pour la première fois en France, un homme politique, en l'occurrence Philippe SEGUIN, évoquait l'existence d'un « chômage incompressible »³, appelé « chômage structurel » en économie, le Gouvernement supprimait l'autorisation administrative préalable à tout licenciement pour motif économique⁴. Pour autant, le nombre de licenciements pour motif économique n'a cessé de s'accroître, à l'instar du nombre de demandeurs d'emploi⁵, illustrant (pour ce qui en doutaient alors et en doutent encore) que le droit du travail n'a que peu, voire pas, d'influence sur la dynamique de création d'emploi qui dépend essentiellement de la croissance économique.

74. Avec la suppression de cette autorisation préalable, les employeurs ont retrouvé la liberté de licencier, mais également, accompagnant nécessairement cette liberté, la responsabilité qui en découle. Le concept de « responsabilité sociale des entreprises » a ainsi commencé à émerger à cette époque, sans que cette expression ne soit toutefois encore consacrée. Ainsi, à la fin des années 1980 et jusqu'à celle des années 1990, l'élaboration du droit social des restructurations est guidée par deux préoccupations essentielles. La première était de responsabiliser l'employeur tenu d'élaborer et de mettre en œuvre des mesures

¹ Source http://www.larousse.fr/archives/journaux_annee/1987/101/emploi_et_chomage_la_fin_des_illusions

² Ancêtre du MEDEF, présidé alors par Yvon GATTAZ, père de Pierre GATTAZ, actuel président du MEDEF

³ http://www.larousse.fr/archives/journaux_annee/1987/101/emploi_et_chomage_la_fin_des_illusions

⁴ Lois n° 86-797 du 3 juillet 1986, relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, JO 4 juil. 1986, p. 8302 et n° 86-1320 du 30 décembre 1986, relative aux procédures de licenciement, JO 31 déc. 1986, p. 15885.

⁵ Entre 1986 et 1987, le nombre de demandeurs d'emploi s'est accru de 400 000 personnes, alors même que grâce aux dispositifs d'exonération partielle de charges en cas d'embauche d'un « jeune », 370 000 d'entre eux ont trouvé un travail...
http://www.larousse.fr/archives/journaux_annee/1987/101/emploi_et_chomage_la_fin_des_illusions

tendant à limiter le coût social de son projet de restructuration grâce à des actions permettant de réduire le nombre de ruptures et à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le licenciement était inéluctable. La seconde était de renforcer les prérogatives des représentants du personnel en matière d'information/consultation sur les projets de grand licenciement collectif pour que soit assurée l'expression collective des salariés, condition de la prise en compte de leurs intérêts lors des décisions de restructuration et de la mise en œuvre de leur droit à participer à la gestion de l'entreprise¹.

75. De ce point de vue, la loi du 2 août 1989 a marqué un tournant dans l'évolution du droit du licenciement pour motif économique. Définissant pour la première fois le motif économique, cette loi renforça l'accompagnement social des salariés en légalisant l'exigence de plan social, jusqu'à lors conventionnelle, pour les grands licenciements collectifs² projetés dans les entreprises de cinquante salariés au moins. Elle consolida également les prérogatives des représentants du personnel dans le cadre de la procédure d'information/consultation³.

Désormais libre de prononcer un licenciement pour motif économique, l'employeur doit assumer la responsabilité de cette décision et se préoccuper du sort des salariés menacés de perdre leur emploi en élaborant, dans certaines circonstances, un plan social. Dans le cadre de ce plan, l'employeur doit mobiliser tous les moyens à sa disposition pour mettre en œuvre des mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et accroître les chances des salariés de retrouver dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle. Au cours des années 1990, le « plan social » va devenir le symbole de l'implication de l'entreprise dans la recherche d'alternatives au licenciement et dans la réinsertion professionnelle des salariés dont la rupture du contrat de travail est inévitable. Mesure phare du droit des licenciements pour motif économique et de la responsabilisation des entreprise au cours des années 1990, le plan social a été l'objet de toutes les attentions du législateur qui va pour la première fois définir son contenu⁴, renforcer le contrôle administratif y afférent et assortir l'absence de plan ou l'insuffisance de celui-ci d'une sanction comminatoire : la nullité de la procédure de licenciement collectif, « étendue » aux licenciements subséquents⁵.

¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8.

² *Id est* les projets de envisageant de licencier au moins dix salariés sur une même période de trente jours ; art. L. 1233-28, C. trav.

³ Loi n° 89-549, du 2 août 1989, préc.

⁵ Loi n° 93-121, du 27 janv. 1993, portant diverses mesures d'ordre social, JO du 30 janv. 1993, p. 1576 ; Cass. soc., 13 fév. 1997, *La Samaritaine*, Bull. civ. V, n° 63 ; RJS 3/97, n° 268, Dr. soc. 1997, p. 254, note G. COUTURIER ; D. 1997, Jurisp., p. 171, note G. LYON-CAEN ; JCP G, 1997, II, 22843, note F. GAUDU ; Dr.

76. Par ailleurs, afin d'éviter que les employeurs n'évincent l'application du droit du licenciement pour motif économique, et notamment celle du droit des licenciements collectifs en supprimant des emplois par le biais d'autres modes de rupture (notamment des départs « négociés »), la loi du 29 juillet 1992 a soumis, *via* l'« amendement Mandon », « toute rupture » pour motif économique au droit du licenciement pour motif économique¹.

77. La rigueur de la jurisprudence judiciaire à l'égard du contenu du plan social et du respect de son élaboration concertée avec le comité d'entreprise a contribué à faire du plan social la « vitrine » du droit du licenciement pour motif économique, au point que cette locution est devenue synonyme de « plan de licenciement collectif » dans le langage courant, antiphrase à laquelle le législateur a tenté, en vain, de mettre fin en 2002².

78. À cette époque caractérisée notamment par un accroissement continu du chômage, furent mises en place, ou développées, des mesures tendant à offrir davantage de flexibilité aux entreprises pour éviter des licenciements (chômage partiel en partie financé par les pouvoirs publics, actions favorisant la mobilité et la formation des salariés financées par le FNE, etc.). Au cours de ces années, l'accent fut mis sur la nécessité de renforcer l'accompagnement individuel des salariés licenciés pour motif économique afin d'accroître leurs chances de retrouver un emploi sur un marché du travail déjà en crise. Furent ainsi créées, à l'initiative des partenaires sociaux, les conventions de conversion³, dont la

ouv. 1997, p. 95, note P. MOUSSY ; F. FAVENNEC-HERY, « La jurisprudence La Samaritaine et la prescription des actions en justice », Dr. soc. 1997, p. 341 ; T. GRUMBACH, « Encore une fois sur les arrêts *La Samaritaine* », Dr. soc. 1997, p. 331 ; E. LEWALLE, « Les arrêts Samaritaine : l'autre problème », SSL, 28 avr. 1997, n° 837, p. 3 ; S. NIEL, « La justice sanctionne les licenciements collectifs », SSL, 1^{er} avr. 1997, n° 833, p. 3 ; G. PICCA, « La saga du plan social et de reclassement : du judiciaire à l'entreprise », JCP éd. E 1997, n° 16, 648 ; A. SAURET, « L'ingénierie des plans sociaux », Gaz. Pal. du 6 fév. 1997, p. 168.

¹ Loi n° 92-722, du 29 juil. 1992, portant adaptation de la loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle, JO du 30 juil. 1992, p. 10215

² Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, préc. Afin de mettre un terme à l'emploi courant de cette antiphrase (le plan ayant pour but premier d'éviter les licenciements) et d'insister sur le fait que cette mesure ne doit pas être envisagée comme un « plan de licenciements » mais bien comme un moyen de préserver l'emploi, la loi de modernisation sociale a remplacé cette expression par celle de « *plan de sauvegarde de l'emploi* », locution ne laissant pas de place au doute sur la finalité du dispositif. Cependant, le législateur est bien impuissant à corriger les (mauvaises) habitudes linguistiques et plus de dix ans après la loi du 17 janvier 2002 l'expression « plan social » reste très souvent employée en lieu et place de celle de « projet de grand licenciement collectif ».

³ Convention du 6 janvier 1987 relative à l'assurance conversion ; Arrêté du 6 mars 1987 relatif aux conventions de conversions, JO du 28 mars 1987, p. 3491 ; Arrêté du 4 avril 1987 portant agrément de la convention du 6 janvier 1987 relative à l'assurance conversion et du règlement annexe à cette convention, JO du 3 mai 1987, p. 4933 ; Pour des développements relatifs aux conventions de conversion V. P. COURSIER, « Conventions de conversion et rupture amiable : chronique d'un revirement annoncé », Dr. Trav. 1992, n° 4, p. 1 ; J.-P.

philosophie¹ a inspiré la majorité des dispositifs qui lui ont succédé : convention de reclassement personnalisé (CRP)², contrat de transition professionnelle (CTP)³ et contrat de sécurisation professionnelle (CSP)⁴.

79. Au-delà de l'obligation de reclassement interne et externe pesant sur l'employeur lorsqu'il est tenu d'élaborer un plan social, la Cour de cassation a, en 1992, consacré le principe, inspiré du droit allemand, selon lequel le licenciement pour motif économique doit être l'*ultima ratio* et ne peut donc être prononcé qu'en l'absence alternative à la rupture du contrat. Ainsi, l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement pour motif économique est tenu de rechercher des emplois disponibles dans l'entreprise ou, le cas échéant, au niveau des sociétés du groupe auquel elle appartient avec lesquelles une permutation du personnel est envisageable, pour reclasser les salariés menacés de licenciement et ainsi éviter la rupture du contrat, au besoin en leur offrant une formation leur permettant d'acquérir les compétences nécessaires pour occuper l'emploi de reclassement⁵.

DOMERGUE, « La convention de conversion », Dr. soc. 1987, p. 250 ; P. ENCLOS, « Contestation du motif économique de licenciement après acceptation d'une convention de conversion », RJS 1992, p. 453, M. MANIN et M. SCHEIDT, « Le salarié et la convention de conversion », RPDS 1996, p. 275 ; M. MORAND, « La rupture du contrat de travail lors de l'acceptation d'une convention de conversion », Dr. Trav. 1995, n° 10, p. 1, JCP E 1994, I, 400 ; P.-H. ANTONMATTEI, « La convention de conversion », Gaz. pal., 6 fév. 1997, p. 175.

¹ *Id est* offrir au salarié dont le contrat a été rompu pour un motif économique un accompagnement renforcé, pour favoriser une réinsertion rapide et durable dans l'emploi, assorti d'une indemnisation au moins égale à celle à laquelle il aurait pu prétendre en tant que demandeur d'emploi indemnisé

² Loi n° 2005-32, du 18 janvier 2005, préc.

³ L'ordonnance du 13 avril 2006 (Ordon. n° 2006-433, du 13 avr. 2006, relative à l'expérimentation du contrat de transition professionnelle (JO du 14 avr. 2006 p. 5600), ratifiée par la loi n° 2006-1770, du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JO du 31 décembre 2006, p. 20210.) et le décret du lendemain (D. n° 2006-440, du 14 avril 2006, pris pour l'application de l'ordonnance n° 2006-433 du 13 avril 2006 relative au contrat de transition professionnelle, JO du 15 avril 2006, p. 5710.) ont défini les modalités de mise en place de ce contrat à titre expérimental pour les procédures de licenciement engagées entre le 15 avril 2006 et le 1er mars 2007 dans 7 bassins d'emploi (Charleville-Mézières, Montbéliard, Morlaix, Saint-Dié-des-Vosges, Toulon, Vitry, et Valenciennes). Par la suite, le dispositif du contrat de transition professionnelle n'a cessé d'être étendu tant géographiquement que temporellement. Sur cette extension progressive, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 744.

⁴ Loi n° 2011-893, du 28 juil. 2011, pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, JO du 29 juil. 2011, p. 12914. À l'instar de la convention de reclassement personnalisé et des conventions de conversion, le régime juridique du contrat de sécurisation professionnelle a été élaboré par les partenaires sociaux dans l'ANI du 31 mai 2011, qui ont défini ses modalités d'application dans la convention UNEDIC du 19 juillet 2011 agréée par arrêté du 6 octobre 2011 (Arrêté du 6 octobre 2011 relatif à l'agrément de la convention du 19 juillet 2011 relative au contrat de sécurisation professionnelle, JO du 21 oct. 2011, p. 17842). L'avenant 4 à la convention du 19 juillet 2011 conclu le 22 mars 2014 prolonge son application jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2014. Cet avenant a été agréé par l'arrêté du 23 juillet 2014, Arrêté du 23 juillet 2014 relatif à l'agrément de l'avenant n° 4 à la convention du 19 juillet 2011 relative au contrat de sécurisation professionnelle, JO du 7 août 2014, p. 13233 ; V. circ. UNEDIC, n° 2014-23, du 3 sept. 2014.

⁵ Cass. soc., 25 févr. 1992, *Expovit*, Bull. civ. V, n° 122, préc. (obligation d'adaptation) ; Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, Bull. civ. V, n° 228 préc. ; Cass. soc., 8 avr. 1992, Bull. civ. V, n° 258, préc. (obligation de reclassement)

80. La suppression de l'autorisation administrative de licenciement ayant substitué au contrôle administratif *a priori* un contrôle judiciaire *a posteriori*, cette période est caractérisée par la montée en puissance du rôle de la jurisprudence judiciaire en matière de licenciement pour motif économique. La Cour de cassation a ainsi fait preuve d'audace et d'une extrême rigueur dans le contrôle non seulement de la justification du licenciement qui doit être fondé sur un motif économique et non sur un motif d'économie, mais aussi du respect par l'employeur du droit du licenciement collectif, qu'il s'agisse de s'assurer que la procédure d'information/consultation des représentants du personnel leur permet réellement d'assurer l'expression de l'intérêts des salariés ou de vérifier que l'employeur a bien mobilisé l'ensemble des moyens à sa disposition pour éviter les licenciements, en limiter le nombre et favoriser le reclassement externe des salariés.

C'est également au cours des années 1990 que, prenant acte du développement des groupes de sociétés et faisant preuve d'un réalisme économique opportun, la Cour de cassation a décidé de contrôler le respect de diverses obligations légales qui pèsent sur les entreprises en prenant en considération son appartenance à un groupe et en élargissant à tout ou partie de celui-ci le périmètre d'appréciation du respect de certaines obligations afférentes au prononcé d'un licenciement pour motif économique. À cet époque, elle a en effet décidé de que le caractère réel sérieux des causes économiques de licenciement devait s'apprécier au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise¹. Elle a également imposé à l'employeur de rechercher des postes de reclassement au niveau du groupe et d'établir un plan social proportionné aux moyens de ce dernier ou de l'UES, le cas échéant. L'effectivité de ces solutions visant prendre en compte la dissociation entre le lieu du pouvoir de décision et celui au niveau duquel elle est appliquée, se heurte toutefois à l'absence de personnalité juridique du groupe, notion fonctionnelle, et à l'autonomie des personnes morales qui le composent.

L'importance croissante de la jurisprudence judiciaire dans la construction du droit du licenciement pour motif économique après la suppression de l'autorisation administrative préalable, et son intransigeance guidée par le souci de protéger au mieux l'emploi, ont entraîné une défiance à l'égard du juge judiciaire mise en exergue par la réforme de 2013 qui a confié le contrôle *ex ante* des projets de grands licenciements collectifs à l'Administration du travail².

¹ Cass. soc., 5 avr. 1995, préc.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

81. Si la suppression de l'autorisation préalable de licencier en 1986 a obligé l'Administration du travail à quitter le devant de la scène en matière de régulation du coût social des restructurations, celle-ci a, en coulisses, continué à jouer un rôle essentiel en concentrant son énergie à s'assurer que l'employeur, auquel elle prodiguait de nombreux conseils, mettait en œuvre des mesures sociales d'accompagnement des salariés menacés de licenciement contribuant réellement à assurer leur maintien dans l'emploi ou à favoriser leur reclassement externe. En effet, compte tenu de la dégradation continue de la situation du marché du travail en France et de l'accroissement de la dette publique, l'Administration du travail devait s'assurer que le plan social élaboré par l'employeur prévoyait bien la mise en place de dispositifs ayant un effet positif sur l'emploi et non de simples mesures indemnitaires (« chèque valise ») ou de sortie du marché du travail (préretraite FNE).

À cette époque, l'Administration du travail a conservé un certain pouvoir en matière de grands licenciements collectifs prononcés dans une entreprise de cinquante salariés au moins. Au-delà de l'autorisation du licenciement des salariés protégés, dont la protection spécifique doit être respectée en cas de rupture pour motif économique, l'Administration du travail disposait de pouvoirs d'influence et d'alerte relativement importants¹. Ainsi, si ses pouvoirs juridiques étaient relativement faibles, son action en pratique était loin d'être négligeable : en conseillant l'employeur, elle influait sur les modalités de mises en œuvre de son projet de compression d'effectif en contribuant le plus souvent à l'enrichissement des mesures sociales d'accompagnement.

À ce titre, et bien que dépourvus d'effet juridique, ses avis sur le plan social ou le respect de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel étaient susceptibles de peser dans le cadre d'un débat judiciaire, ce qui conférait à l'Administration une certaine influence sur les décisions de licenciement collectif. Cette influence était de surcroît renforcée par le fait qu'il est toujours préférable pour un employeur d'éviter d'être en conflit avec l'inspecteur du travail territorialement compétent au risque de voir ce dernier faire ultérieurement du zèle en d'autres occasions.

Surtout, pour inciter, à défaut de contraindre, l'employeur à intégrer ses suggestions d'amélioration des mesures d'accompagnement prévues dans le plan, elle pouvait utiliser le

¹ D. BALMARY, « Plans sociaux et administration du travail : convaincre ou contraindre ? », Numéro spécial « Plans sociaux », Dr. soc. 1994, n° 5.

« levier » des conventions FNE¹. En effet, de nombreux plan sociaux prévoyait le recours à de telles conventions, qu'il s'agisse de conventions de formation ou d'allocation temporaire dégressive par exemple. Or, le bénéfice de ces conventions impliquait (et implique toujours) l'accord de l'État représenté pour ce faire par l'Administration du travail... À défaut de pouvoir coercitif, et afin de garantir aux salariés menacés de licenciement des mesures sociales d'accompagnement efficaces, l'Administration du travail avait donc développé la pratique des contreparties², en subordonnant la conclusion des conventions FNE à l'amélioration et à la diversification des mesures prévues par le plan.

82. Les années 1990 ont également vu émerger et se développer les restructurations « offensives » ou « de compétitivité », inscrites dans des logiques d'anticipation, et pouvant s'opérer en situation de croissance, par opposition aux traditionnelles restructurations « défensives » ou « de crise » mises en œuvre pour assurer « la survie » de l'entreprise confrontée à des difficultés économiques conjoncturelles. À cet égard, la Cour de cassation consacra la nécessité de sauvegarder la compétitivité en tant que cause réelle et sérieuse de licenciement prononcé par une entreprise « économiquement saine » et profitant de cette situation pour mettre en place une restructuration nécessaire à la préservation de sa compétitivité future, condition de son développement, voire de sa pérennité et, avec elle, de celle d'un maximum d'emplois.

83. Comme l'ont démontré Jean-Pierre AUBERT et Rachel BEAUJOLIN-BELLET, si les restructurations ont à cette époque changé de nature, ce mouvement n'a pas réellement été appréhendé par les acteurs au niveau de l'entreprise qui avaient (et ont dans une certaine mesure encore aujourd'hui) des difficultés à s'extraire de la logique de gestion de crise face à ce qui est devenu un mouvement permanent et protéiforme de modification des périmètres externes et internes de l'entreprise impliquant des transformations d'emploi. Or, « ce mode de gestion de crise ne permet que rarement de favoriser l'émergence de dispositifs assurant de bonnes conditions de reconversion pour les salariés et pour les territoires concernés »³. Ce n'est qu'au cours de la décennie suivante que, trouvant à cette occasion une traduction

¹ N. KERSCHEN et A.-V. NENOT « La fin des préretraites ou l'éternel recommencement ? », Dr. soc. 1993, p. 470.

² En ce sens, N. KERSCHEN et A.-V. NENOT, 1993, article préc. ; et N. KERSCHEN, A.-V. NENOT : « Délégation à l'emploi et négociation des conventions du Fonds national de l'emploi : la pratique des contreparties », Dr. soc. 1989, p. 17

³ J.-P. AUBERT et R. BEAUJOLIN-BELLET, « Les acteurs de l'entreprise face aux restructurations : une délicate mutation », Travail et Emploi, n° 100.

juridique, s'est « imposée » la nécessité d'essayer d'adapter les temporalités opposées qui caractérisent les logiques économique et sociale, la première souhaitant mettre en œuvre rapidement la restructuration afin de gagner en compétitivité, quand la seconde implique au contraire de prendre le temps nécessaire à chercher des solutions tendant à réduire les incidences de l'opération sur l'emploi, en assurant la reconversion des salariés et des territoires afin de les préparer aux transitions professionnelles inéluctables. Ce n'est en effet qu'au cours des années 2000 que se sont véritablement développées la logique de flexisécurité et les notions d'anticipation des mutations économiques, des restructurations et de leurs incidences sur l'emploi ainsi que celle de « sécurisation de l'emploi », puis de « sécurisation des parcours professionnels », dont l'objectif est de « mettre du temps long dans les temps courts, pour cheminer vers un mode de régulation sociale « en continu » des restructurations qui permette d'en concilier les enjeux économiques sociaux et territoriaux »¹.

84. Consécration de la flexisécurité : émergence de la procéduralisation du traitement social des restructurations, anticipation des mutations économiques, sécurisation des parcours professionnels (années 2000). Au début des années 2000, le rythme des restructurations destructrices d'emploi s'est accéléré à mesure que s'est développée la financiarisation de l'économie favorisée par la mondialisation, l'essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) et la dérégulation des marchés financiers au niveau mondial². L'expansion d'un nouveau mode de financement des entreprises, « désintermédié », a suscité l'apparition d'un nouveau type de restructurations destinées non plus à améliorer la performance économique de l'entreprise, mais à accroître sa rentabilité financière en vue de la cession de ses titres sur le marché. Or, la financiarisation fait peser une double menace sur l'emploi des salariés d'entreprises ayant recours aux marchés et aux institutions financières pour leurs besoins de financement. En effet, la stabilité de l'emploi est mise en péril non seulement à court terme puisque la seule annonce d'un licenciement collectif entraîne le plus souvent une hausse immédiate et substantielle de la valeur financière des titres de l'entreprise (objectif poursuivi par les « investisseurs » financiers), mais également à moyen/long terme puisque, faisant peu de cas de la rentabilité productive de l'entreprise, ceux-ci ne mettent pas en œuvre de politiques d'investissement³, ce

¹ J.-P. AUBERT et R. BEAUJOLIN-BELLET, art. préc.

² Sur les facteurs ayant contribué à l'essor de la financiarisation de l'économie, V. C. HANNOUN, art. préc.

³ M. KOCHER, art. préc.

qui conduit inéluctablement à fragiliser sa situation économique et sa compétitivité dont dépend le maintien des emplois.

85. De surcroît, comme le souligne un auteur, « La financiarisation a un autre effet sur [l'emploi du] salarié en ce qu'elle tend à flexibiliser le recours à la force de travail. À cet endroit est, semble-t-il, mis en œuvre un des principes premier de la financiarisation, à savoir la liquidité absolue du capital financier, qui se trouve appliquée [à la main d'œuvre] »¹. Face à ce mouvement, aux crises successives qu'il a générées et à la montée inexorable du chômage (notamment de longue durée), l'objectif, devenu utopique, d'assurer la sécurité de l'emploi face aux restructurations, est abandonné ; les pouvoirs publics cherchent désormais à sécuriser les parcours professionnels. Le constat de la permanence des restructurations et du fait que tout travailleur connaîtra inmanquablement une carrière professionnelle « accidentée » a conduit le droit social à instaurer, avant tout, des mesures de prévention de l'exclusion professionnelle. C'est ainsi à cette époque qu'a émergé le concept d'employabilité qui est devenu peu à peu le chantre de la sécurisation des parcours professionnels et de la lutte contre le chômage. La logique de flexisécurité s'est imposée : face au besoin croissant de flexibilité des entreprises, il devient indispensable de sécuriser les transitions professionnelles qui s'imposeront inéluctablement aux salariés.

86. C'est au cours de ces années que fut légalement consacrée l'obligation patronale d'assurer, tout au long de la relation de travail, l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leur emploi², obligation générale d'adaptation s'ajoutant à celle, ponctuelle, d'assurer leur adaptation au(x) poste(s) éventuellement disponible(s) pour les reclasser et éviter leur licenciement³. Outre l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés aux évolutions de leur emploi, l'employeur est tenu de veiller au maintien de leur capacité à occuper *un* emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations⁴. Pèse ainsi sur l'employeur un devoir de préservation et de développement de l'employabilité des

¹ C. HANNOUN, art. préc.

² Ancien art. L. 932-2 C. trav. issu de l'article 17 de la loi n° 2000-37, du 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, JO 20 janv. 2000, p. 975.

³ Obligation dégagée en 1992 par la Cour de cassation (Cass. soc., 25 févr. 1992, *Expovit*, Bull. civ. V, n° 122), qui fut consacrée par la loi de modernisation sociale en 2002, Loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002 préc ;

⁴ Art. L. 6321-1 C. trav.

salariés¹, tant interne qu'externe², qui doit contribuer à la sécurisation de leur parcours professionnel à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise, s'ils venaient à être licenciés dans le cadre d'une restructuration.

87. C'est également pendant cette période que s'est imposée la nécessité de prendre en compte la dimension territoriale des restructurations. La limitation de leurs coûts sociaux implique en effet que l'entreprise assume, au-delà de sa responsabilité sociale, sa responsabilité sociétale ou territoriale. Ainsi, l'obligation de s'impliquer dans la réindustrialisation/revitalisation du territoire affecté par leur décision fut imposée aux grandes entreprises projetant une restructuration impliquant de nombreuses suppressions d'emplois, directs ou indirects, susceptible de bouleverser l'équilibre du bassin d'emploi dans lequel elle est réalisée³. La participation de l'entreprise, en concertation avec les pouvoirs publics locaux, à la mise en œuvre d'actions de nature à favoriser la création locale d'entreprises et d'emplois et à développer l'attractivité économique du bassin, contribue à sécuriser les parcours professionnels des salariés grâce à la mise en œuvre d'une politique de formation et de GPEC au niveau territorial, leur permettant d'acquérir les compétences et qualifications pour lesquelles un besoin local de main d'œuvre existe.

88. Impuissant à agir sur les décisions de restructuration devenues permanentes, le législateur a pris conscience, à cette époque, de l'impératif de modifier la manière d'appréhender ces opérations qui ne sont plus, pour la majorité d'entre elles, défensives mais offensives et doivent donc cesser de faire l'objet d'une « gestion de crise ». La « restructuration permanente » des entreprises implique de développer l'anticipation des mutations économiques pour mettre en place en amont de ces opérations, inéluctables, des dispositifs permettant d'atténuer, en aval, leurs coûts sociaux. À cet égard, fut imposée dans certaines entreprises l'obligation de négocier « à froid » sur la GPEC afin de sécuriser les parcours professionnels des salariés en les préparant aux futures évolutions de *leur emploi*, voire de *l'emploi*, grâce à la mise en œuvre d'actions permettant de faire évoluer leurs qualifications et compétences pour qu'elles correspondent aux besoins futurs de l'entreprise et plus largement du marché du travail. Cette négociation qui permet aux syndicats de participer

¹ Pour une critique relative à l'expression « employabilité » et à son caractère inapproprié V. A. SUPLOT, « Ressources humaines et non « matériel humain » », *Le Monde initiatives*, nov. 2003, p. 14 ; N. MAGGI-GERMAIN, « La capacité du salarié à occuper un emploi », *Dr. soc.* 2009, p. 1234.

² J.-E. RAY, « Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », *Dr. soc.* 2008, p. 949.

³ Loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002 préc., loi n°2005-32 du 18 janv. 2005 préc.

si ce n'est à la gestion de l'entreprise, au moins à celle de ses ressources humaines, a pour finalité l'élaboration et la mise en œuvre de mesures visant à réduire de façon anticipée les écarts entre les besoins et les ressources humaines de l'entreprise (en termes d'effectifs et de compétences) en fonction des orientations stratégiques définies par sa direction, mesures dont l'efficacité repose également sur l'implication du salarié dans son projet d'évolution professionnelle¹. En effet, l'exigence de flexibilité, voire de liquidité, de la main d'œuvre résultant notamment de la financiarisation de l'économie « fait peser sur le salarié la responsabilité de [son] « employabilité » et [de] la gestion de sa carrière »². L'anticipation des mutations économiques et des futurs besoins de l'entreprise en termes d'emploi et de compétences permet ainsi de limiter les coûts sociaux en aval des restructurations en assurant, en amont, la préparation des salariés aux futures transitions professionnelles qu'ils connaîtront inévitablement, sécurisant ainsi leur parcours professionnel.

89. Selon la même logique, au cours de cette période, Administration du travail et juges renforcent leur contrôle sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi afin de s'assurer que l'employeur a bien prévu des mesures ayant un effet positif sur l'emploi, des actions de formation ou de reconversion assurant le développement de l'employabilité des salariés. De même, l'accompagnement individuel des salariés licenciés pour motif économique est renforcé avec la mise en place de la convention de reclassement personnalisée (CRP) et, dans certains bassins d'emploi, du contrat de transition professionnelle (CTP) qui présentait la double « originalité » de reposer sur un pilotage territorial, et de permettre à son bénéficiaire, au-delà du traditionnel accès à des formations, validation des acquis de l'expérience, etc., d'effectuer des périodes de travail sans perdre le bénéfice du dispositif. L'efficacité du CTP en termes de reclassement a par la suite inspiré l'instauration du contrat de sécurisation professionnelle, synthèse en quelque sorte de la CRP et du CTP, et, avant elle, celle du congé de mobilité.

90. Par ailleurs, toujours afin de favoriser le traitement anticipé des difficultés économiques rencontrées par les entreprises, le législateur a créé en 2005 une nouvelle procédure collective : la procédure de sauvegarde qui peut être ouverte à la demande d'une entreprise « *qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'[elle] n'est pas*

¹ D. THIERRY et C. SAURET, *La gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, L'Harmattan, 1990.

² C. HANNOUN, art. préc.

en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif»¹. Cette procédure présente l'avantage d'arrêter le cours des intérêts (conventionnels, légaux, etc.) et majorations, à l'exception des prêts de plus d'un an et des garants du débiteur et d'interdire à celui-ci de payer toute créance antérieure au jugement d'ouverture et celles qui lui sont postérieures², à l'exception toutefois des créances salariales. Si, lorsque cette procédure fut instituée en 2005, l'employeur placé en sauvegarde devait respecter le droit commun du licenciement pour motif économique, depuis 2013³, et alors même que l'entreprise n'est, par définition, pas en cessation des paiements, les projets de grand licenciement collectif arrêtés dans le cadre d'une procédure de sauvegarde sont soumis à la procédure « allégée » d'information/consultation des représentants du personnel en cas de procédure collective⁴, initialement instaurée pour les seules entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire, ce qui crée un risque d'instrumentalisation de cette procédure⁵.

91. Au cours des années 2000, la demande de flexibilisation de la norme sociale se fit également de plus en plus pressante, ce qui contribua au développement de la décentralisation du droit du travail ; la négociation d'entreprise devenant un instrument essentiel de sa gestion et de son organisation grâce à la faculté reconnue aux partenaires sociaux de déroger, sous certaines conditions, aux normes supérieures⁶. La procéduralisation a également commencé à se développer à cette époque, y compris en matière de traitement social de restructurations. Les entreprises réclamaient en effet que la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur les projets de grand licenciement collectif soit moins rigide et plus sûre. Censée permettre la prise en compte des intérêts des salariés et la nécessité de préserver au mieux l'emploi lors de l'élaboration du projet de licenciement, cette procédure cristallise en réalité les logiques opposées dans lesquelles sont fréquemment enfermés direction d'entreprise et représentants du personnel. La première souhaite mettre en place le plus rapidement possible la restructuration et les licenciements, le projet étant bien souvent arrêté avant que les représentants du personnel ne soient consultés, tandis que ceux-ci,

¹ Art. L. 620-1 C. trav. : procédure créée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, JORF n°173 du 27 juillet 2005 page 12187

² Art. L. 622-7, C. com.

³ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc.

⁴ Art. L. 1233-58, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-58, C. trav., modifié par la loi du 14 juin 2013, préc.

⁶ Loi n° 2004-391, du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO 5 mai 2004, p. 7983

conscients que leur avis n'influera aucunement sur le contenu du projet, cherchent à gagner du temps grâce à des recours judiciaires plus ou moins dilatoires.

92. Consacrant une pratique qui s'était développée dans certaines entreprises, le législateur a donc autorisé les partenaires sociaux à adapter la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise relatives aux projets de grand licenciement collectif, dans le cadre d'un accord dit « de méthode ». La négociation des accords de méthode, initialement expérimentaux¹, connut un certain succès et fut donc pérennisée². La conclusion de ces accords reposait fréquemment sur le compromis suivant : les syndicats acceptaient un encadrement temporel de la procédure d'information/consultation permettant à l'employeur de pouvoir mettre en œuvre son projet rapidement sans craindre de recours judiciaires dilatoires, en contrepartie de quoi il acceptait d'améliorer et d'enrichir le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

93. Au cours de cette période, et malgré la faculté d'aménagement conventionnel, la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise en cas de grand licenciement collectif a continué à être l'objet de critiques de plus en plus virulentes ; on lui reprochait notamment sa lourdeur et sa complexité qui ralentissaient la mise en œuvre de restructurations parfois vitales pour l'entreprise, mais également son « extrême judiciarisation » contribuant à l'insécurité juridique des décisions de grand licenciement collectif. C'est pourquoi en 2005, outre la pérennisation des accords de méthode et la faculté d'anticiper sur le contenu d'un futur plan de sauvegarde de l'emploi lors de leur négociation, le législateur tenta de « sécuriser » ces procédures et le prononcé des licenciements. À cette fin, le législateur a rétabli la possible concomitance des procédures d'information/consultation du comité au titre du projet de restructuration et de licenciement collectif. Il a de surcroît réduit les délais de prescription pour saisir le juge des référés d'un litige relatif à la procédure d'information/consultation en cours et ceux relatifs aux actions tendant à contester la validité ou la régularité des licenciements.

Fut également remis en cause le principe, intangible depuis 1945, de l'élaboration conjointe de l'ordre du jour des réunions du comité d'entreprise par son président et son secrétaire, en autorisant l'un ou l'autre à y inscrire de plein droit les consultations

¹ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, préc.

² Loi n°2005-32 du 18 janv. 2005 préc

obligatoires¹, afin d'éradiquer le contentieux y afférent en cas de désaccord qui se soldait fréquemment par la saisine du juge des référés afin qu'il fixe l'ordre du jour ou constate l'existence d'un délit d'entrave². Ces modifications n'ont pas suffi à endiguer le flot des critiques relatives à la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur les projets de grand licenciement collectif, qui fut profondément réformée par la loi du 14 juin 2013.

94. *Procéduralisation, décentralisation et publicisation du traitement social des restructurations (2013)*. La crise financière et économique de 2008, liée à la financiarisation de l'économie et à la déconnection entre la valeur financière de certaines entreprises et leur valeur réelle, a bouleversé l'économie mondiale et nationale et entraîné de multiples restructurations destructrices d'emplois, un accroissement sans précédent du taux de chômage que les pouvoirs publics ne parviennent pas à endiguer (pas plus qu'ils n'arrivent à relancer la croissance économique, leur marge de manœuvre étant considérablement réduite par l'expansion de la dette publique), mais également par l'érosion du pouvoir politique face à celui de « la finance », érosion que la jurisprudence constitutionnelle ne contribue guère à amoindrir. À la fin des années 2000 et au début des années 2010, la situation économique française est, c'est un euphémisme, peu enviable : les destructions d'emplois se multiplient à mesure des décisions de fermeture d'entreprise, la désindustrialisation se poursuit sans être compensée par la création d'activités nouvelles, les annonces de restructurations et de grands licenciements collectifs s'enchaînent et le droit social est toujours aussi impuissant face à ces décisions dont il doit pourtant tenter de limiter le coût social. La contestation à l'égard du droit du licenciement pour motif économique, et particulièrement de la procédure de grand licenciement collectif, se fait de plus en plus en vive. Ceux-ci, accusés notamment d'inadaptation et d'ineffectivité³, seraient responsables de la déliquescence de l'économie

¹ Ce qui revient en réalité à vider de sa substance le principe de l'élaboration conjointe de l'ordre du jour, l'immense majorité, pour ne pas dire la totalité, des consultations du comité étant obligatoire en vertu d'une dispositions légale ou conventionnelle. En ce sens, ¹ J.-L. DENIER, « Comité d'entreprise et loi Borloo : ordre ou... désordre du jour ? », SSL 25 avril 2005, n° 1212, p. 7 ; sur cette question V. not. M. COHEN « Le fonctionnement du comité d'entreprise et licenciement économique après la loi du 18 janvier 2005 », Dr. soc. 2005, p. 354.

² La Cour de cassation faisait respecter ce principe de la rédaction conjointe avec beaucoup de fermeté. La rédaction conjointe s'imposant même quand l'employeur doit consulter le comité d'entreprise en vertu d'une obligation légale. Cass. Soc. 23 juin 1999, *EURIDEP*, Bull. civ. V, n° 298. Ainsi l'employeur fixant unilatéralement l'ordre du jour, commet un délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise. (Cas. soc. 4 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 371).

³ Sur le « procès » fait au droit du licenciement pour motif économique, V. not. F. GÉA, « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210. ; J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi _ « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280 ; A. TEISSIER, « Le temps dans la procédure de

française, de l'accroissement du chômage et du déficit d'attractivité économique de notre pays dont la « rigidité » du droit du travail découragerait les investissements, etc.

95. Le changement de majorité présidentielle intervenu en 2012 s'est traduit par une réforme en profondeur du droit du licenciement économique et particulièrement des procédures de grand licenciement collectif mises en place dans les entreprises d'au moins cinquante salariés. Lors de la grande conférence sociale qui eut lieu les 9 et 10 juillet 2012 en associant pouvoirs publics et partenaires sociaux, les participants s'accordèrent *« sur la nécessité, dans un contexte de mutations économiques, d'anticiper et de partager l'information au sein des entreprises, de réunir les conditions permettant une meilleure sécurisation de l'emploi, d'améliorer les outils permettant aux entreprises de faire face aux aléas conjoncturels sans préjudice pour l'emploi et l'activité, de trouver les leviers pour infléchir certaines pratiques conduisant à une précarité croissante de nombreux actifs. Sur le plan de la méthode, une volonté a également été partagée : entre « déréglementation » et « sur-réglementation », il y a une voie : celle du dialogue social. »*¹. Le document d'orientation remis aux partenaires sociaux résumait ainsi les missions assignées à la négociation nationale interprofessionnelle : consolider l'anticipation des mutations économiques en amont des décisions de restructuration grâce à un meilleur partage de l'information entre direction de l'entreprise et représentants des salariés, renforcer la GPEC en resserrant les liens entre celle-ci et les mesures de mobilité et de formation, parfaire *« les dispositifs de maintien de l'emploi face aux aléas conjoncturels, pour éviter les licenciements et les pertes de compétences dans les entreprises confrontées à des difficultés »* et *« améliorer les procédures de licenciements collectifs, lorsqu'ils n'ont pu être évités par les actions d'anticipation ou d'activité partielle (...), pour concilier un meilleur accompagnement des salariés et une plus grande sécurité juridique pour les entreprises comme pour les salariés »*². Sur ce dernier point, les partenaires sociaux étaient notamment invités à chercher un nouvel équilibre dans le traitement social des restructurations impliquant un grand licenciement collectif afin notamment *« de clarifier et sécuriser les procédures en favorisant le traitement le plus en amont possible, en particulier concernant la nature et la temporalité de*

consultation en cas de PSE », JCP S 2013, 1259 ; A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation - Une réforme peut en cacher une autre », RDT 2013, p. 184.

¹ Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, « Document d'orientation négociation nationale interprofessionnelle pour une meilleure sécurisation de l'emploi », 7 sept. 2012.

² Document d'orientation de la négociation du 7 sept. 2012, préc..

l'intervention de tiers dans la procédure (services de l'État, recours à l'expertise, intervention du juge), les délais associés, le rôle plus important à donner à l'accord collectif dans ces procédures, le rôle également plus important qui pourrait être donné –sans revenir à l'autorisation administrative de licenciement– aux services du ministère du travail, etc. »¹. Ce document définissait ainsi les piliers de la future réforme relative, notamment, à la limitation du coût social des restructurations : anticipation, flexibilité, promotion de la négociation d'entreprise (procéduralisation, décentralisation), sécurisation et déjudiciarisation des procédures de grand licenciement collectif, publicisation de la régulation sociale des restructurations destructrices d'emplois et sécurisation des parcours professionnels.

96. Au terme de plusieurs mois de négociation, les partenaires sociaux conclurent le 11 janvier 2013 l'accord national interprofessionnel pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, dont l'essentiel des stipulations fut consacré par la loi du 14 juin 2013². Afin de favoriser l'anticipation des répercussions sur l'emploi des mutations économiques prévisibles et des restructurations qu'elles pourraient rendre indispensables, cette loi a consacré l'obligation de consulter, chaque année, les représentants du personnel sur les grandes orientations stratégiques arrêtées par la direction et sur leurs effets sur l'activité et l'emploi³, consultation qui doit servir de base à la négociation relative à la mise en place de dispositifs de GPEC⁴. Cette négociation, dont l'objet a été élargi notamment pour renforcer les liens entre dispositifs de GPEC et politique de formation et pour permettre la prise en compte des incidences des orientations stratégiques de l'entreprise sur l'emploi hors de l'entreprise, devrait consolider la sécurisation des parcours professionnels des salariés de l'entreprise et, éventuellement, de ceux de ses partenaires.

97. Par ailleurs, afin accorder davantage de flexibilité aux entreprises dans la gestion de leur main d'œuvre et de leur permettre de procéder à des réorganisations à effectifs constants grâce à des mesures de mobilité géographique ou professionnelle, le législateur a consacré les accords de mobilité interne. Toujours dans le but d'offrir davantage de flexibilité à l'entreprise et lui permettre de faire face à des difficultés conjoncturelles tout en préservant

¹ Document d'orientation de la négociation du 7 sept. 2012, préc.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ Art. L. 2323-7-1, C. trav.

⁴ Art. L. 2242-15, C. trav.

l'emploi, le recours à l'activité partielle a été simplifié, et la loi a consacré la faculté de conclure des accords de maintien de l'emploi permettant de réduire, temporairement, certains droits contractuels des salariés en contrepartie de l'engagement de l'employeur de ne pas prononcer de licenciement pour motif économique. Aux côtés de la procéduralisation du traitement social « à froid » en amont des restaurations, est ainsi consacrée la négociation collective « à chaud » destinée à éviter la mise en place d'une restructuration destructrice d'emplois alors même que l'entreprise doit faire face à une crise. Cette négociation est alors censée limiter les coûts sociaux de la restructuration grâce aux efforts des salariés et à la mise en place de dispositifs permettant à l'entreprise de surmonter les graves difficultés conjoncturelles qu'elle rencontre, sans supprimer d'emploi. À l'instar du recours à l'activité partielle qui ne contribue en général qu'à retarder le prononcé de licenciements pour motifs économiques, la conclusion et l'application de ces accords n'offrent qu'une garantie relative du maintien de l'emploi des salariés qui auront accepté de s'y soumettre, mais assurent en revanche à ceux qui s'y opposeraient la rupture de leur contrat pour motif économique... Sous réserve de leur conclusion par les syndicats « majoritaires », ces accords permettent à l'entreprise de bénéficier d'une flexibilité accrue dans la gestion de la main d'œuvre (dont la durée du travail et la rémunération peuvent temporairement être réduits) pour traverser de graves difficultés conjoncturelles.

Illustration topique de l'essor de la négociation de gestion, ces accords, à l'instar de ceux de mobilité interne, permettent d'assouplir considérablement les conditions « d'utilisation du facteur travail » en offrant aux entreprises la faculté de modifier temporairement les fonctions du salarié, la durée et la localisation de son travail ainsi que sa rémunération mais aussi (et surtout ?) de licencier les salariés s'opposant à l'application de l'un ou l'autre de ces accords sans avoir à respecter le droit des licenciements collectifs, et ce quel que soit le nombre des « réfractaires ». Cette mise à l'écart, qui nous semble contraire au droit européen, était souhaitée par les partenaires sociaux¹, illustrant ainsi l'intensité du rejet (patronal ?) de la procédure de grand licenciement collectif qui fut pourtant réformée en profondeur.

¹ L'article 15 de l'ANI du 11 janvier 2013 excluait même la qualification de licenciement pour motif économique à la rupture du contrat consécutive au refus d'une mesure de mobilité conventionnelle, quant à l'article 18 s'il qualifiait de licenciement pour motif économique la rupture du contrat du salarié s'opposant à l'application d'un accord de maintien de l'emploi non seulement il excluait l'application du droit des licenciements collectifs mais de surcroît il interdisait la contestation du bien fondé du licenciement sa cause réelle et sérieuse étant « attestée par l'accord ».

98. Lors de la Grande conférence sociale de juillet 2012, pouvoirs publics et partenaires sociaux s'accordèrent sur le fait que les procédures de licenciement collectif en vigueur à l'époque, essentiellement celle applicable aux grands licenciements collectifs imposant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, « *offr[aient] un cadre protecteur et organis[aient] des procédures formalisées indispensables. Pour autant, elles n'évit[aient] pas un certain nombre de contournements et génér[aient] de fortes incertitudes sur les délais et sur la sécurité juridique des procédures, dommageables tant pour les salariés que pour les entreprises.* »¹. La réforme de 2013 a donc « sécurisé » cette procédure en mettant en œuvre trois principes : la déjudiciarisation, la procéduralisation et la maîtrise du temps², afin d'éviter que la réalisation de la restructuration ne soit ralentie et n'aggrave la situation de l'entreprise. La procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet de restructuration et de compression des effectifs et sur celui de grand licenciement collectif est désormais enserrée dans de stricts délais, préfix, à l'issue desquels si le comité n'a pas rendu d'avis, il est réputé avoir été consulté³.

99. Il en va de même de la procédure d'information/consultation du CHSCT sur le projet de restructuration et de compression des effectifs ; pour la première fois, la loi reconnaît expressément l'impact que peuvent avoir les restructurations sur la santé et la sécurité des salariés et la nécessité de prendre en compte ce risque pour l'amoinrir en habilitant notamment le CHSCT à solliciter l'assistance d'un expert dans le cadre de cette consultation. À ce titre, et afin de limiter les coûts de l'expertise relative aux risques que fait peser l'opération sur la santé des salariés et aux actions à mettre en œuvre, les entreprises ont désormais la faculté d'instaurer une instance de coordination des CHSCT, instance *ad hoc* permettant de mettre en place une expertise unique en cas de projet concernant différents établissements et d'éviter que plusieurs expertises ne soient commanditées par les différents CHSCT des établissements concernés.

100. Par ailleurs, la négociation collective « à chaud » sur le projet de licenciement collectif est encouragée, et les partenaires sociaux de l'entreprise sont ainsi invités à conclure un accord « majoritaire » portant *a minima* sur le PSE et, éventuellement, sur les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet de restructuration et de grand

¹ Document d'orientation de la négociation du 7 sept. 2012, préc.

² F. GÉA, art. préc. ; J. ICARD, art. préc. ; A. TEISSIER, art. préc.

³ Art. L. 1233-30, C. trav.

licenciement collectif et/ou définissant les conditions de mise en œuvre du projet. La primauté de la négociation collective sur l'information/consultation du comité d'entreprise en matière de régulation sociale des restructurations est ainsi consacrée, puisque l'employeur n'est pas tenu de le consulter au titre de la procédure légale de grand licenciement collectif sur les points qui ont fait l'objet d'un accord « majoritaire »¹.

Il devra toutefois le consulter sur ceux-ci parallèlement à la négociation de l'accord sur le fondement de sa compétence générale et de la jurisprudence *EDF*² ; mais, le comité ne pourra pas faire de suggestions ou propositions pour amender le projet de licenciement ou les mesures sociales d'accompagnement. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, lorsqu'il envisage de prononcer un grand licenciement collectif, l'employeur dispose donc d'une option : il peut soit conclure un accord « majoritaire » portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi et éventuellement sur l'intégralité des conditions de mise en œuvre du projet, soit consulter le comité d'entreprise afin d'élaborer à l'issue de la procédure de consultation un document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et les modalités de mise en œuvre des licenciements³.

101. Quelle que soit la voie, conventionnelle ou unilatérale, le déroulement et la durée de la procédure sont sécurisés grâce aux délais préfix, légaux ou conventionnels, dans lesquels elle est enserrée, et à sa déjudiciarisation. En effet, les critiques extrêmement virulentes à l'encontre du contrôle judiciaire relatif à cette procédure se sont traduites par sa suppression. Au recours au juge civil des référés en cours de procédure, accusé de ralentir la mise en œuvre du projet, s'est substituée la faculté de saisir la DIRECCTE d'une demande d'injonction de se conformer aux obligations procédurales, sans qu'un recours en référé devant le juge administratif ne soit possible en cours de procédure. Le contrôle judiciaire *a posteriori* de la procédure et du plan de sauvegarde de l'emploi a pour sa part cédé la place à un contrôle administratif *a priori* afin de mettre fin aux remises en cause judiciaires des plans de sauvegarde de l'emploi plusieurs années après leur adoption, remise en cause dont les conséquences sont particulièrement lourdes du fait des nullités en cascade qu'elle induit.

¹ Art. L. 1233.-30, C. trav.

² Art. L. 2323-6, C. trav ; Cass. soc., 5 mai, 1998, *EDF*, Bull. civ. V, n° 219 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 159 ; Dr. ouv. 1998, p. 350, note D. BOULMIER ; Dr. soc. 1998, p. 879, rapp. J.-Y. FROUIN.

³ Art. L. 1233-24-1 et L. 1233-24-4, C. trav.

102. Avec cette réforme, l'État, *via* l'Administration du travail, se pose en garant de la qualité du dialogue social relatif à la régulation des effets des restructurations sur l'emploi et de celles des mesures sociales d'accompagnement élaborées par l'entreprise pour réduire le nombre des licenciements et accroître réellement les chances des salariés licenciés de retrouver une activité professionnelle stable¹. L'Administration du travail doit également s'assurer que l'employeur a respecté l'obligation de rechercher un repreneur et la procédure de consultation du comité d'entreprise sur le processus de recherche mis en place et les offres de reprise éventuellement reçues, lorsque le grand licenciement collectif est prononcé dans le cadre d'un projet de restructuration induisant la fermeture d'un établissement. Cette obligation résulte de la loi du 31 juillet 2014² qui a substitué un contrôle administratif à l'intervention du tribunal de commerce qui a été privée de sa substance à la suite de la censure constitutionnelle des dispositions précédemment adoptées par le Parlement. La mise en œuvre des restructurations impliquant la destruction de nombreux emplois est désormais soumise à l'aval de la DIRECCTE, puisque tant qu'elle n'a pas validé/homologué le projet de grand licenciement collectif et le plan qui l'accompagne, le pouvoir de l'employeur de prononcer les licenciements est en quelque sorte « paralysé » puisque, s'il les notifie sans avoir obtenu le « feu vert » administratif, ils seront nuls, ou irréguliers, selon les circonstances.

Cette réforme a ainsi profondément modifié l'appréhension des restructurations par le droit social, et les moyens développés pour tenter d'atténuer leur impact sur la situation individuelle des salariés tout particulièrement sur leur parcours professionnel.

103. *Restructurations et droit social ou comment tenter de limiter le coût social d'une décision sur laquelle on n'a aucune emprise ?* Le droit social est impuissant à remettre en cause la décision de restructuration arrêtée par les dirigeants de l'entreprise au nom de leur liberté d'entreprendre, farouchement protégée par le Conseil constitutionnel contre les éventuelles atteintes que le législateur tenterait d'y apporter, au nom du droit constitutionnel à l'emploi, ou de l'intérêt général. Si le droit social ne peut influencer sur la décision de restructuration, et notamment pas imposer que la préservation de l'emploi soit l'un des paramètres impérativement pris en compte pour choisir, entre plusieurs projets alternatifs, celui qui sera retenu, il lui appartient néanmoins de réguler les conséquences sociales de ces opérations. Face aux restructurations, le droit social se trouve donc dans une

¹ E. WARGON et J.D. COMBEXELLE, « La loi de sécurisation de l'emploi : point sur l'encadrement des licenciements collectifs », JCP S 2013, act. 432

² Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JO du 1^{er} août 2014, p. 12666.

situation pour le moins paradoxale (kafkaïenne ?) consistant à devoir limiter leurs répercussions potentiellement néfastes sur la situation des salariés, afin d'en limiter le coût social largement assumé par la collectivité, sans disposer de la moindre emprise sur les décisions dont elles découlent, qui relèvent de logiques économiques, financières, entrepreneuriales ou stratégiques qui lui échappent également.

104. Afin de remplir la mission (impossible ?) qui lui est assignée, le droit social a développé diverses « techniques » pour tenter d'assurer la conciliation entre les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés, en amont de la décision de restructuration et au cours de l'élaboration du projet lorsqu'il implique des suppressions d'emploi pour motif économique. Pour ce faire, le droit social met en œuvre le droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise, et plus particulièrement à la gestion de ses ressources humaines, en imposant dans certaines entreprises, en dehors de toute restructuration, l'ouverture d'une négociation sur l'instauration de dispositifs de GPEC pour sécuriser le parcours professionnel des salariés en anticipant les incidences des mutations économiques et des orientations stratégiques de l'entreprise sur l'activité et l'emploi. Cette négociation, dont les deux objets essentiels sont la mise en œuvre d'actions de formation et de mobilité pour développer l'employabilité des salariés, permet de les préparer aux transitions professionnelles qu'ils connaîtront inmanquablement à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise qui, tôt ou tard, devra adapter son organisation productive, économique ou sociale aux inéluctables évolutions conjoncturelles. De même, afin de concilier le besoin des entreprises de disposer d'une certaine flexibilité dans la gestion de leur main-d'œuvre et de sécuriser l'emploi, le droit social autorise les partenaires sociaux à définir, de concert, les modalités d'une réorganisation de l'entreprise fondée sur une politique de mobilité, géographique ou professionnelle, en dehors de tout projet de réduction d'effectif. Selon la même logique, et alors que l'entreprise connaît de graves difficultés conjoncturelles ou voit sa compétitivité menacée, il les encourage à élaborer conjointement les solutions les plus adaptées pour surmonter cette crise, qu'il s'agisse d'offrir à l'entreprise la flexibilité dont elle a besoin, en termes de durée ou de coût du travail en contrepartie de la garantie de maintenir l'emploi, ou de s'accorder sur les modalités de mise en œuvre d'un projet de grand licenciement collectif.

De surcroît, si la décision de restructuration est libre, lorsqu'elle implique des licenciements pour motif économique, elle est soumise à une exigence de légitimité et à un double contrôle, « social » et « public ». Ainsi, si l'employeur peut librement prononcer un

licenciement pour motif économique¹, celui-ci ne sera régulier qu'à la stricte condition d'être fondé sur une justification économique réelle et sérieuse et de n'intervenir qu'en l'absence d'alternative à la rupture du lien contractuel. Attentatoire au droit constitutionnel à l'emploi et fondé sur un motif étranger à la personne du salarié, le licenciement pour motif économique est soumis à un contrôle judiciaire strict, qu'il s'agisse de s'assurer qu'il repose sur un motif économique légitime, ou que l'employeur a effectivement cherché, en vain, à reclasser le salarié en assurant, si nécessaire, son adaptation aux postes éventuellement disponibles pour éviter la rupture du contrat. Le contrôle judiciaire du bien fondé de la décision de licencier intervient seulement *a posteriori* dans les entreprises *in bonis*, alors que dans celles qui sont soumises à une procédure collective il s'exerce *a priori*. En effet, le prononcé de licenciements pour motif économique est subordonné à une autorisation préalable du juge-commissaire ou du tribunal de la procédure lorsque l'entreprise est placée en redressement ou en liquidation judiciaire.

Par ailleurs, si la restructuration projetée par la direction de l'entreprise consiste à mettre en œuvre un grand licenciement collectif, le coût social potentiellement élevé de cette décision justifie qu'elle soit soumise au contrôle des représentants du personnel et des pouvoirs publics, garants de la qualité du dialogue social relatif à la régulation des incidences des restructurations sur l'emploi. S'il ne peut imposer à l'employeur de prendre en compte la nécessité de préserver l'emploi et les intérêts des salariés lorsqu'il arrête un projet de restructuration destructrice de nombreux emplois, le droit social garantit l'expression de l'intérêt collectif des salariés au cours de son élaboration, en enjoignant à l'employeur d'informer et de consulter les représentants du personnel sur le projet de compression d'effectif et les mesures qu'il envisage de mettre en œuvre pour en limiter le coût social. Surtout, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, la mise en œuvre d'un grand licenciement collectif, projeté dans une entreprise de cinquante salariés au moins, est subordonnée son homologation/validation par l'Administration du travail qui doit s'assurer que l'employeur a bien respecté le droit des salariés à participer à cette décision qui relève de la gestion de l'entreprise, mais aussi qu'il a mobilisé tous les moyens à sa disposition pour amoindrir les répercussions de son projet sur l'emploi².

¹ Sauf lorsqu'il est soumis à une procédure collective, hypothèse dans laquelle une autorisation judiciaire est requise, ou lorsqu'il envisage de licencier pour motif économique un salarié protégé, rupture qui doit être autorisée au préalable par l'inspecteur du travail, et ce, en toutes circonstances.

² Art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3, C. trav.

Les mécanismes élaborés par le droit social pour limiter le coût social des restructurations en amont de celles-ci ou au cours du processus décisionnel sont insuffisants à endiguer leurs effets délétères sur la situation des salariés. C'est pourquoi le droit social a instauré des dispositifs tendant à protéger, en aval de la réalisation de la restructuration, les droits individuels et collectifs des salariés.

105. Ainsi, lorsque la restructuration consiste à transférer une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie par le repreneur dans des conditions similaires, le droit social impose à celui-ci de poursuivre l'exécution des contrats de travail affectés à l'entité. Lorsque la restructuration relève de cette hypothèse et se trouve par conséquent soumise à l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail, elle ne doit, en principe, avoir aucune conséquence sur la situation contractuelle des salariés, mis à part le changement d'employeur qu'elle induit impérativement. Non seulement, sauf exceptions, leur contrat doit continuer à être exécuté dans les mêmes conditions avant et après le transfert, mais de surcroît le paiement de leurs créances salariales antérieures à la restructuration doit être assuré par le nouvel employeur ou l'AGS, en cas de restructuration décidée dans le cadre d'une procédure collective. Si, lorsque la décision de restructuration prend la forme d'un transfert d'entreprise le droit social peut imposer le maintien des contrats après l'opération puisque celui-ci préserve tant les intérêts des salariés que ceux des entreprises cédante et cessionnaire, en revanche, lorsque l'opération projetée ne relève pas des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'employeur peut librement prononcer des licenciements pour motif économique.

Libre de décider de mettre en œuvre une restructuration destructrice d'emplois, l'employeur doit assumer la responsabilité du coût social de sa décision, et tenter de le limiter au maximum. Le droit social le contraint ainsi à mettre en œuvre des mesures sociales d'accompagnement des salariés dont l'emploi est menacé, afin d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre et d'accroître les chances des salariés, dont le contrat sera inévitablement rompu, de retrouver au plus vite et dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle stable, salariée ou non. Outre l'obligation mise à la charge de l'entreprise, dans certaines circonstances, d'élaborer un PSE concourant à ces objectifs, le droit social a défini divers dispositifs pour atténuer l'impact de la décision de restructuration sur l'emploi. L'entreprise peut ainsi recourir à l'activité partielle pour disposer de davantage de flexibilité en évitant des licenciements ; les salariés menacés de licenciement ou licenciés pour motif

économique peuvent prétendre au bénéfice d'actions permettant de sécuriser leur parcours professionnel grâce à un accompagnement renforcé dans la recherche d'un emploi, à des mesures permettant de développer leur employabilité et de favoriser leur réinsertion professionnelle, en dépit de la situation critique du marché du travail.

Si lorsqu'on évoque les restructurations on pense immédiatement à leurs répercussions sur l'emploi et donc sur la situation individuelle des salariés, ces opérations menacent également leurs droits collectifs. À ce titre, le droit social encadre leurs conséquences sur le statut collectif des salariés en assurant sa survie, au moins temporaire, en aval de l'opération, le maintien des régimes d'épargne salariale lorsqu'il est possible, et celui de certaines garanties et prestations résultant du régime de protection sociale complémentaire malgré la mise en cause de l'application de la norme collective source du régime, la rupture du contrat de travail ou celle du contrat d'assurance groupe suite à la restructuration. De même, afin de protéger le droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise après la restructuration, le droit social atténue ses répercussions sur les institutions représentatives du personnel, en imposant leur survie après l'opération lorsqu'elle n'affecte pas la qualité d'établissement distinct de leur cadre d'implantation. En tout état de cause, la perte de cette qualité comme la réduction des effectifs en deçà des seuils imposant la mise en place des institutions, doivent être constatées dans le cadre d'un accord soumis à une double condition de majorité sur le fondement duquel les institutions pourront être supprimées, ou en cas de désaccord entre les parties par une décision de la DIRECCTE en ce sens. Le sort des droits collectifs après une restructuration, qu'il s'agisse des avantages issus de leur statut collectif ou des institutions représentatives du personnel est en priorité confié aux partenaires sociaux de l'entreprise. La négociation collective apparaît comme le meilleur moyen pour « gérer les conséquences » d'une restructuration sur les droits collectifs des salariés, en élaborant les solutions les plus appropriées aux problématiques spécifiques à l'entreprise restructurée et à la collectivité de travail qui en dépend, moyen particulièrement adapté pour régler le sort des régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire, questions pour le moins épineuses.

106. *Efficacité et effectivité relatives du droit social des restructurations.* Si, en dépit de dispositions légales lacunaires, le droit social parvient à préserver effectivement les droits collectifs des salariés après la réalisation d'une restructuration parce que leur maintien, au moins temporaire, ne contrarie pas l'objectif assigné à l'opération, il en va différemment des

mécanismes qu'il instaure pour préserver l'emploi face aux restructurations dont, bien souvent, l'objet est précisément de modifier les conditions d'utilisation de la main d'œuvre notamment en réduisant les effectifs... À ce titre, divers facteurs, endogènes et exogènes, amoindrissent considérablement l'effectivité et l'efficacité des dispositifs élaborés par le droit social pour limiter le coût des restructurations.

107. *L'effectivité de la régulation sociale des restructurations affectée par la mutation des paradigmes fondateurs du droit du travail.* L'ensemble des dispositions légales relatives à la régulation des restructurations s'adresse à « l'employeur ». Tel est le cas notamment de celles relatives aux obligations/facultés de négocier en amont au cours du processus décisionnel, ou en aval de l'opération, pour régler le sort des droits collectifs, de l'obligation de respecter la procédure grand licenciement collectif et d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, et de celle ne prononcer un licenciement pour motif économique qu'en ultime recours. Traditionnellement, l'employeur est conçu comme le cocontractant du salarié sur lequel il exerce, notamment, un pouvoir de direction résultant du contrat de travail qui les unit, dont le critère déterminant est la subordination juridique du salarié à l'employeur¹. Si le droit du travail a retenu ce critère, c'est parce que cette conception de la relation de travail correspondait à « la réalité économique et sociale de la création, de l'appropriation et de la distribution des richesses » caractéristique du capitalisme industriel², dont l'essor a « imposé » l'élaboration d'un droit du travail pour en limiter les possibles dérives³.

Dans le capitalisme industriel « classique », l'employeur est à la fois le propriétaire des moyens de production, propriété qui fonde son pouvoir de direction et sa liberté d'entreprendre. La reconnaissance de la personnalité morale a remis en cause l'unicité du propriétaire des outils de production et du titulaire de la liberté d'entreprendre. Le propriétaire des moyens de production est la société (qui appartient elle-même aux associés/actionnaires)⁴, dont les dirigeants sont libres d'entreprendre et partant de restructurer l'entreprise. Ce sont les actionnaires/associés, propriétaires de la société, qui désignent « en son nom », les dirigeants chargés de gérer l'entreprise. Le pouvoir économique est ainsi dissocié du pouvoir juridique

¹ V. C. HANNOUN art. préc.

² V. C. HANNOUN, art. préc

³ En ce sens, G. LYON-CAEN, *op. préc* ; J. ICARD, art. préc.

⁴ V. C. HANNOUN, art. préc

qui s'exerce sur les salariés et l'organisation de l'entreprise, le second dépendant du premier puisque les dirigeants de l'entreprise sont « les mandataires » des propriétaires du capital¹.

Avec l'émergence de la financiarisation de l'économie, les dirigeants sont devenus les mandataires des propriétaires, non plus des moyens de production (du fait du « voile » de la personnalité morale de la société qui en est le propriétaire), mais des détenteurs des titres qui représentent la valeur de l'entreprise². Selon la logique innervant le capitalisme industriel, les actionnaires sont les propriétaires de la société à la tête de laquelle ils placent leurs mandataires pour diriger l'entreprise afin d'accroître sa rentabilité productive et économique et qu'elle réalise des profits qui seront, pour partie redistribués aux actionnaires sous-forme de dividendes, et pour une autre réinvestis dans l'entreprise pour assurer son développement grâce à une politique de recherche volontariste, au remplacement du matériel obsolète, à la diversification de ses produits, etc.

Toutefois, avec la montée en puissance des investisseurs institutionnels favorisée par la dérégulation des marchés mondiaux et l'essor de la financiarisation de l'économie, la mutation d'un capitalisme industriel vers un capitalisme financier a profondément modifié le « comportement des acteurs ». En effet, les dirigeants entreprise financiarisées, conçues par les « investisseurs » financiers comme une simple marchandise échangeable sur un marché, dont chacun des éléments peut être vendu, loué, racheté au gré de l'évolution des marchés, « se trouvent placés face à un nouveau type d'actionnaires dont les objectifs stratégiques ne sont plus d'ordre patrimonial ou commercial, mais financier »³.

De ce point de vue, la financiarisation de l'économie a deux conséquences majeures sur « l'employeur » : elle dicte l'orientation des décisions de gestion, notamment des ressources humaines, mais surtout elle contribue à la « dilution du concept d'employeur »⁴. En effet, « les actionnaires ne sont plus des personnes physiques, petits porteurs qui se désintéressent de la gestion » de l'entreprise confiée à ses dirigeants, véritables titulaires de la liberté d'entreprendre. Les institutions financières « s'immiscent dans la gestion », en réclamant que telle ou telle restructuration soit mise en œuvre : externalisation, grand licenciement collectif, etc., afin d'accroître la valeur des titres de l'entreprise sur le marché. L'opinion des marchés boursiers devient une importante variable (la seule ?) de l'organisation

¹ C. HANNOUN, art. préc.

² V. C. HANNOUN, art. préc

³ V. C. HANNOUN, art. préc

⁴ V. C. HANNOUN, art. préc

productive de l'entreprise¹, des décisions de gestion et de restructuration, etc., opinion qui doit être prise en compte au risque sinon, comme le rappelle un auteur, de s'exposer à des sanctions redoutables².

De ce fait, les dirigeants de l'entreprise ne sont plus véritablement libres d'entreprendre et de gérer l'entreprise... Les dirigeants de la société employeur des salariés n'ont plus véritablement la maîtrise des décisions de gestion, ils doivent se plier à la volonté des investisseurs financiers qui détiennent la majorité des titres de l'entreprise. Ainsi, le concept traditionnel d'employeur titulaire du pouvoir de direction, libre d'entreprendre et donc responsable, n'est plus adapté à la réalité de ces entreprises, ce qui affecte considérablement l'effectivité du droit du travail en général et des dispositions édictées pour limiter le coût social des restructurations en particulier. Dans ces entreprises l'employeur contractuel n'a plus la maîtrise des décisions stratégiques arrêtées par des « acteurs invisibles » dont parfois il ne connaît même pas l'identité. Le véritable titulaire de la liberté d'entreprendre et du pouvoir de direction devient insaisissable et imprévisible puisque ses décisions sont prises en réaction aux « comportements des marchés » et ne sont donc fondées sur aucune « vision de l'avenir de l'entreprise ».

Dans ces conditions, quel est l'intérêt de négocier sur la GPEC avec un employeur qui ignore totalement la stratégie des institutions financières et partant leurs répercussions sur l'activité et l'emploi ? Comment la procédure d'information/consultation relative aux projets de restructurations induisant un grand licenciement collectif pourrait-elle effectivement concourir à réguler le coût social de l'opération, alors même que l'employeur tenu d'y procéder ne dispose ni des informations relatives aux motifs de l'opération, ni du moindre pouvoir d'amender le projet pour prendre en compte l'intérêt des salariés en y intégrant certaines propositions ou suggestions du comité d'entreprise puisqu'il n'est pas le véritable titulaire du pouvoir de direction ?

Le développement des groupes de sociétés avait déjà « affecté » l'effectivité du droit du travail, mais la réalité que représente le groupe pouvait être appréhendée. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nombre de dispositions relatives au traitement social des restructurations y font référence, dispositions dont l'effectivité est plus que relative, puisqu'elle se heurte à l'absence de personnalité juridique du groupe et à l'autonomie des

¹ A. REBERIOUX, « Les marchés financiers et la participation des salariés aux décisions », *Trav. et emploi*, n°93, janv 2003, spéc. p26

² F. LORDON, « Comment la finance a tué Moulinex », *Le Monde diplomatique*, mars 2004

personnes morales qui le composent, l'employeur étant le seul débiteur d'obligations à l'égard des salariés.

Certes, des techniques tendant à appréhender la réalité de la dissociation entre le lieu où est arrêtée la décision et celui où elle est mise en œuvre ont été développées : coemploi ou responsabilité délictuelle notamment. Toutefois, non seulement ces techniques ne permettent aucunement de limiter le coût social de restructurations puisqu'elles n'ouvrent aux salariés qu'un droit à indemnisation *a posteriori*, mais de surcroît si elles peuvent se développer dans les groupes de sociétés où différentes personnes morales sont identifiables, il est en revanche extrêmement difficile d'identifier le titulaire du pouvoir dans une entreprise financiarisée, sorte de main invisible¹. En outre, si tant est qu'on parvienne à l'identifier encore faut-il pouvoir lui reconnaître la qualité de coemployeur ou démontrer l'existence d'un comportement fautif ayant contribué au préjudice des salariés². La financiarisation de l'économie qui rend insaisissable le véritable détenteur du pouvoir de direction, et donc de décision, réduit considérablement l'effectivité du traitement social des restructurations et ce d'autant plus que nombres de ces « investisseurs financiers invisibles » sont implantés à l'étranger. Si les entreprises financiarisées ne constituent pas l'essentiel du tissu économique français, composé principalement de PME dans lesquelles l'employeur est bien le titulaire du pouvoir de direction, ce sont les restructurations décidées dans des entreprises financiarisées qui ont en général celles le coût social le plus élevé. Ainsi, si « c'est le fait qui fait le droit »³, il le défait également...

108. *L'effectivité de la régulation sociale des restructurations affectée par l'éventuelle instrumentalisation des procédures collectives.* Lorsqu'une entreprise est soumise à une procédure collective, sa situation économique, par principe particulièrement alarmante, impose souvent la mise en œuvre « rapide » des restructurations nécessaires à la poursuite de l'activité, au maintien de l'emploi et à l'apurement du passif. À cet égard, le droit social adapte les dispositifs élaborés pour limiter le coût social des restructurations à l'exigence de célérité induite par l'état de cessation des paiements de l'entreprise, et cède la place au droit des entreprises en difficultés qui « affecte » l'étendue des pouvoirs de l'employeur. Ainsi, dans ces entreprises le droit du licenciement pour motif économique est adapté : la rupture ne peut être régulière qu'après avoir été au préalable autorisée par le juge-

¹ Très différente de celle évoquée par Adam SMITH.

² C. HANNOUN, art. préc.

³ LOYSEL

commissaire ou par le tribunal de la procédure qui valide, plus qu'il n'autorise, les licenciements puisqu'il se contente d'arrêter le plan de redressement ou de cession qui prévoit des ruptures, alors que le premier est censé s'assurer que les licenciements ont un caractère urgent, inévitable et indispensable¹.

Cette autorisation judiciaire préalable interdit par la suite que la cause réelle et sérieuse de la rupture soit contestée devant le conseil de prud'hommes. En principe lorsqu'une entreprise est membre d'un groupe, la réalité et le sérieux de la cause invoquée à l'appui des ruptures doit être établi au niveau du groupe ou, le cas échéant, du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient². Or, non seulement le tribunal de la procédure ne contrôle pas réellement le bien-fondé des ruptures envisagées par le repreneur ou l'administrateur lorsqu'il arrête le plan de cession/redressement de l'entreprise ou prononce sa liquidation, mais de surcroît, si le juge-commissaire est censé contrôler le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements, il apprécie ces caractères à l'aune de la seule situation de l'entreprise peu important qu'elle soit ou non membre d'un groupe. Si, l'état de cessation des paiements ou le prononcé de la liquidation judiciaire attestent dans une certaine mesure de la réalité et du sérieux des difficultés rencontrées par l'entreprise, il n'éclaire en rien sur la situation du groupe ou du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise. Or, comme le souligne Patrick MORVAN, l'instrumentalisation du droit des procédures collectives par des groupes peu scrupuleux est relativement aisée : « il n'appartient qu'à [la] société mère de placer sa filiale en cessation des paiements »³, ce qui permettra d'éluder le droit commun du licenciement pour motif économique au profit de l'application du droit spécial applicable aux entreprises en difficulté, beaucoup moins rigoureux. En effet, la procédure d'information/consultation du personnel est allégée, certaines sanctions comminatoires sont inapplicables, à l'instar de la nullité des licenciements prononcés sans homologation/validation administrative préalable du projet de grand licenciement collectif ou sur une telle décision annulée par la suite pour insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi et, avantage non négligeable, les indemnités de ruptures et certaines créances salariales seront payées par l'AGS...

La direction d'un groupe dont les résultats seraient nettement bénéficiaires peut relativement aisément créer *ex nihilo* les conditions de la cessation des paiements d'une des filiales et se désengager totalement de celle-ci au point d'annihiler toute chance de

¹ Art. L. 631-17, C. com.

² A l'exclusion de la cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise qui est appréciée à ce seul niveau.

³ P. MORVAN, *op. préc.* p. 931.

redressement, rendant dès lors inéluctable sa liquidation judiciaire justifiant ainsi la rupture de l'ensemble des contrats de travail, sauf cession éventuelle, dont les conséquences financières seront assumées par l'AGS. L'effectivité du traitement social des restructurations se trouve ainsi réduite à néant du fait de la mise à l'écart frauduleuse du droit commun du licenciement pour motif économique tandis que le coût social d'une décision de restructuration destructrice de nombreux emplois est assumé par la collectivité, le groupe pouvant ainsi « satisfaire les marchés », profiter du *dumping social*, etc., à moindre coût...

109. L'effectivité de la régulation sociale des restructurations affectée par l'incohérence du droit du licenciement pour motif économique. La cause qualificative du licenciement, déterminant si le motif est ou non inhérent à la personne du salarié et par conséquent s'il relève du droit du licenciement pour motif économique, se distingue de la cause justificative relative à l'existence d'un motif réel et sérieux, économique ou personnel fondant la rupture¹. Ainsi, si l'employeur entend prononcer un licenciement pour un motif non inhérent à la personne du salarié, il est tenu de respecter le droit du licenciement pour motif économique², peu important que le motif économique fondant la rupture ne soit pas réel et sérieux. Si la distinction entre cause qualificative et justificative du licenciement est tout à fait logique, il n'en reste pas moins que l'appréhension de cette distinction par le droit du licenciement pour motif économique tel qu'il résulte des textes en vigueur est incohérente et contribue largement à l'ineffectivité des dispositions tendant à limiter le coût social des restructurations. En effet, le droit social édicte deux principes dont l'application et le respect sont indépendants et les sanctions différentes. D'un côté, il subordonne la régularité des licenciements pour motif économique à l'existence d'une justification réelle et sérieuse, de l'autre il impose à l'employeur qui projette un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins, d'élaborer son projet en concertation avec les représentants du personnel et éventuellement les organisations syndicales, et d'y incorporer un plan de sauvegarde de l'emploi tendant à limiter le coût social de son projet. Le non-respect de la première obligation contrôlée *a posteriori* par le juge est sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts aux salariés injustement licenciés, quant la violation de la seconde entraîne, *a posteriori*, l'annulation des ruptures si le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré

¹ Sur la distinction cause qualificative/cause justificative V. J. PELISSIER, « La cause économique du licenciement », RJS 1992, p. 527 ; J.-P. LABORDE, « La cause économique du licenciement », Dr. soc. 2002, p. 774.

² Art. L. 1233-3, al. 2, C. trav.

par l'employeur est insuffisant au regard des moyens dont il dispose, qui auraient pu permettre de réduire le nombre de licenciements prononcés ou d'accroître les chances de réinsertion rapide des salariés licenciés.

Comme le souligne Frédéric GÉA, il résulte de l'autonomie des conditions de régularité des ruptures et de validité du projet de grand licenciement collectif « un *hiatus* entre une rationalité juridique et une rationalité économique (ou financière) » « logé au cœur de notre droit du licenciement économique »¹. En effet, comme l'a rappelé de « façon retentissante » l'arrêt *Vivéo*, un employeur peut engager et mener à son terme une procédure de grand licenciement collectif en consultant les représentants du personnel sur le projet et le plan de sauvegarde de l'emploi qui l'accompagne, alors même que le projet ne repose sur aucun motif économique légitime²...

Cette incohérence interne au droit du licenciement pour motif économique conduit à une situation ubuesque : un employeur peut valablement mettre en place un projet de grand licenciement collectif alors même qu'aucune raison économique légitime ne le fonde. Si, à l'instar de plusieurs auteurs³, il nous difficiement « admissible, en droit comme en fait, qu'une procédure visant à la réduction des effectifs puisse être menée à son terme alors que le projet de l'employeur ne repose pas sur des raisons économiques susceptibles de justifier les ruptures »⁴, il n'en reste pas moins que cette « faculté » est en quelque sorte reconnue à l'employeur. Cette incohérence interne au droit du licenciement pour motif économique réduit considérablement l'effectivité des mesures mises en œuvre pour réduire le coût social des restructurations puisqu'une entreprise décidant de licencier, sans raison légitime, de nombreux salariés en élaborant un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales sera sanctionnée moins lourdement que celle qui, sur le fondement d'un motif économique réel et sérieux, procèderait à une compression d'effectifs accompagnée d'un plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant⁵. Seule une intervention du législateur autorisant un contrôle, judiciaire ou administratif, *ex ante* des motifs du projet de grand licenciement collectifs, qui serait « paralysé » en l'absence de motif légitime, pourrait mettre fin à cette

¹ F. GÉA, « La problématique *Vivéo* : au législateur de reprendre la main », RDT 2012, p. 608

² Cass. soc., 3 mai 2012, *Vivéo*, Bull. civ. V, n° 129 ; P. SARGOS, « Conditions d'annulation d'une procédure de licenciement pour motif économique », Rev. jur. de l'éco. pub. 2012, n° 700, comm. 45 ; F. FAVENNEC-HERY, « L'arrêt *Vivéo* : la fin d'une controverse ? » JCP S 2012, 1241 ; G. COUTURIER, « Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique. Sur l'arrêt *Vivéo*, 3 mai 2012 », Dr. soc. 2012, p. 600 ; E. DOCKÈS, « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Vivéo* », Dr. soc. 2012, p. 606 ; F. GÉA, art. préc.

³ V. F. GÉA, art. préc. ; E. DOCKÈS, art. préc.

⁴ F. GÉA, art. préc.

⁵ E. DOCKÈS, art. préc.

incohérence¹ et conférer une réelle effectivité au droit du licenciement pour motif économique, dont la finalité générale est de limiter le coût social des restructurations.

110. *L'efficacité de la régulation sociale des restructurations subordonnée au contexte économique et social.* De prime abord, développer le rôle de la négociation d'entreprise dans le traitement social des restructurations apparaît comme un moyen efficace pour limiter leur coût social en conciliant intérêts des salariés et de l'entreprise grâce à la détermination conjointe des mesures les plus appropriées pour sécuriser le parcours professionnel des salariés en considération des orientations stratégiques de l'entreprise, pour accroître la flexibilité de la gestion de la main d'œuvre ou pour permettre à l'entreprise de surmonter la crise qu'elle traverse. Toutefois, l'efficacité de la régulation négociée des incidences des restructurations, est subordonnée « à la bonne volonté des acteurs ». Comme l'a souligné le Gouvernement, le dialogue social ne peut être efficient et réellement effectif qu'« à la condition qu'il soit loyal, confiant, transparent, apaisé et qu'il permette ainsi l'équilibre « gagnant-gagnant » des accords »². Or la transparence du dialogue, pas plus que la confiance mutuelle entre dirigeants d'entreprise et représentants syndicaux ne peuvent être décrétées par les pouvoirs publics. Eu égard au fait que les relations sociales sont en France marquées par une logique d'affrontement et de défiance impropre à créer le climat de confiance indispensable à l'émergence d'un dialogue social serein sur la régulation des coûts sociaux des restructurations, un changement de mentalités apparaît nécessaire chez nombre d'employeurs et d'organisations syndicales. Les premiers sont en effet peu enclins, lorsqu'ils le peuvent réellement, à partager avec les seconds l'ensemble des informations stratégiques, économiques et financières assurant la transparence du dialogue social, condition de son efficacité. Quant aux seconds, ils rechignent fréquemment à être impliqués dans l'élaboration de décisions relatives à la gestion des ressources humaines, particulièrement lorsqu'elles participent de la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois ou qu'elles tendent à offrir davantage de flexibilité à l'entreprise au prix d'une dégradation, temporaire, des conditions de travail, y compris lorsqu'ils ont conscience de la nécessité de mettre en œuvre ces décisions pour assurer la survie de l'entreprise, et avec elle, d'un maximum d'emplois.

¹ F. GÉA, art préc.

² Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, « Document d'orientation négociation nationale interprofessionnelle pour une meilleure sécurisation de l'emploi », 7 sept. 2012.

Au surplus, l'efficience du dialogue social relatif à la régulation sociale des restructurations implique que les parties aient réellement le pouvoir de négocier et de peser sur l'orientation de la décision pour en limiter les incidences sociales néfastes, condition que le droit est impuissant à garantir particulièrement au niveau de l'entreprise où la capacité d'influence des syndicats est la plus faible et où l'employeur n'est pas toujours le véritable titulaire du pouvoir de direction... Ces divers facteurs contribuent également à l'inefficacité des procédures d'information/consultation des représentants du personnel sur les projets de restructuration induisant un grand licenciement collectif. En effet, bien souvent le projet est définitivement arrêté par la direction avant même que la consultation ne débute et les informations délivrées aux représentants du personnel rarement complètes du fait de la réticence de la direction à partager certaines d'entre elles avec les représentants du personnel.

De même les différents dispositifs élaborés par le droit social pour sécuriser les parcours professionnels des salariés semblent *a priori* être de nature à réellement atténuer le coût social de restructurations en anticipant les répercussions des mutations économiques et des orientations stratégiques l'entreprise, et en développant l'employabilité des salariés, les préparant ainsi aux inéluctables transitions professionnelles qui s'imposeront à eux. Cependant, leur efficacité est subordonnée à la stabilité de la conjoncture économique, au dynamisme de la croissance économique, conditionnant celui du marché du travail en favorisant la création d'emplois, facteurs sur lesquels, quoi qu'en disent certains, le droit social, et plus largement l'ensemble du droit, n'a aucune emprise.

111. Phénomène permanent, protéiforme et inéluctable dans un contexte économique instable, les restructurations menacent les intérêts des salariés qui risquent de perdre leur emploi, de voir leurs droits collectifs et individuels affectés par ces opérations, librement décidées par les directions d'entreprise. Impuissant à remettre en cause les décisions stratégiques et entrepreneuriales dont elles découlent ou à influencer sur leur orientation en imposant au cours de leur élaboration la prise en compte de la nécessité de préserver l'emploi, le droit social doit toutefois essayer de limiter leur coût social largement assumé par la collectivité. Pour ce faire, il a instauré des mécanismes en amont de leur mise en œuvre, qu'il s'agisse d'encadrer le prononcé de licenciements pour motif économique ou de permettre la prise en compte des intérêts des salariés grâce à la mise en place de dispositifs négociés dont l'objet est d'essayer de réduire au maximum les destructions d'emplois et de sécuriser le parcours professionnel des salariés (Partie I). Ces mécanismes étant insuffisants à préserver

efficacement la situation des salariés, le droit social a également élaboré des dispositifs applicables en aval, une fois l'opération réalisée, afin d'atténuer au maximum les conséquences des restructurations sur les droits individuels et collectifs des salariés (Partie II).

PARTIE I : LA LIMITATION DU COUT SOCIAL DES RESTRUCTURATIONS EN AMONT DE LEUR REALISATION

PARTIE II : LA LIMITATION DU COUT SOCIAL DES RESTRUCTURATIONS EN AVAL DE LEUR REALISATION

PARTIE I : LA LIMITATION DU COUT SOCIAL DES RESTRUCTURATIONS EN AMONT DE LEUR REALISATION

111. Impuissant face aux décisions de restructurations librement arrêtées par les dirigeants d'entreprise au nom de leur liberté d'entreprendre, le droit social tente pourtant de limiter leurs conséquences sociales néfastes. La plupart des restructurations menace l'emploi et, partant la sécurité économique et matérielle des salariés et de leur famille, mais également leur « statut social » dans la mesure où l'emploi, outre la source de revenus qu'il constitue, est également un élément essentiel de l'identité de la personne, dans notre société¹. De même, ces opérations ont le plus souvent un impact sur les conditions de travail et la santé des salariés, notamment mentale. Les risques psychosociaux induits par les restructurations se traduisent ainsi fréquemment par la multiplication des pathologies liées au stress, dépression, augmentation des risques de maladies cardio-vasculaires liées à l'anxiété et à la détérioration de leurs conditions d'emploi, etc. Or le coût social généré par les destructions d'emploi et la dégradation des conditions de travail des salariés est essentiellement assumé par la collectivité nationale *via* l'intervention du système de protection sociale français.

S'il ne remet jamais en cause la nécessité ou l'opportunité de mettre en œuvre une restructuration pas plus que sa forme, ses modalités de mise en œuvre ou les objectifs que poursuit l'opération, le droit social essaye d'en juguler les répercussions négatives sur la situation des salariés et plus particulièrement sur l'emploi, afin de conférer une certaine effectivité au droit constitutionnel à l'emploi.

Conçue comme la liberté de choisir entre plusieurs alternatives celle qui sera mise en œuvre, la liberté d'entreprendre est farouchement protégée par le Conseil constitutionnel qui veille à ce que le législateur n'y porte aucune atteinte, y compris lorsqu'est en jeu le droit

¹ D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Droit à l'emploi et à la dignité » in *Éthique, droit et dignité de la personne, Mélanges C.BOLZE*, éd. Economica, 1999, p. 123

constitutionnel à l'emploi. Par conséquent, le droit social est impuissant à imposer aux directions d'entreprise de prendre impérativement en compte la nécessité de préserver l'emploi lorsqu'elles arrêtent une décision de restructuration. Si la préservation de l'emploi est une exigence constitutionnelle devant guider l'action du législateur, elle ne constitue en revanche pas un objectif assigné aux opérations de restructuration décidées dans les entreprises *in bonis* qui n'ont pas à l'intégrer au titre des variables prises en compte pour retenir, entre différentes modalités de restructuration, celle qui sera mise en œuvre.

À défaut de pouvoir imposer l'emploi au titre des paramètres guidant impérativement les choix de gestion des directions d'entreprise, le droit social encourage en amont de la mise en œuvre d'une restructuration la négociation collective relative à la gestion de l'emploi afin de limiter le coût social de la mise en œuvre d'une telle opération. Si elles ne participent pas réellement à la gestion de l'entreprise, les organisations syndicales sont invitées à prendre part à la gestion de l'emploi afin de le préserver au mieux et de sécuriser les parcours professionnels des salariés dans le cadre d'une négociation collective « à froid » afin d'anticiper les mutations économiques susceptibles d'affecter les emplois dans l'entreprise.

Développer le dialogue social avant que l'entreprise ne se retrouve dans une situation critique permet ainsi de mettre en œuvre le principe selon lequel « plus on explicite et plus on associe en amont, plus on mobilise et plus on multiplie les solutions en aval »¹. Inciter direction de l'entreprise et organisations syndicales à se soucier ensemble de l'employabilité des salariés pour permettre l'adaptation de leurs compétences aux futurs besoins de l'entreprise en fonction de la stratégie de cette dernière et des futures évolutions économiques, permet ainsi au droit social de réduire l'impact potentiellement délétère de ces opérations sur l'emploi, et partant, d'en limiter le coût social. De même, afin de répondre au besoin croissant des entreprises en terme de flexibilité de l'utilisation du facteur travail, le droit social promeut la mise en œuvre de réorganisations « négociées » en autorisant les partenaires sociaux à définir conventionnellement des opérations de mobilité collective, professionnelle et/ou géographique censées sécuriser les parcours professionnels des salariés, en leur permettant d'évoluer au sein de l'entreprise dont la gestion de la main d'œuvre est assouplie par ces accords qui lui permettent de mettre en œuvre une restructuration échappant au droit commun du licenciement pour motif économique, lorsque les salariés refusent les mesures de mobilité conventionnelle.

¹ T. LEMASLE et P. TIXIER, « Les restructurations d'une conception réparatrice à une conception anticipatrice », in *Des restructurations et des hommes*, Dunod, pp. 189-208.

Non seulement le droit social encourage le développement de la négociation « à froid », mais il promeut également la négociation « à chaud » lorsque l'entreprise connaît des difficultés afin de permettre aux partenaires sociaux d'élaborer les solutions adéquates pour surmonter la crise tout en préservant au mieux les intérêts des salariés et, dans la mesure du possible, l'emploi. Les organisations syndicales sont ainsi invitées à négocier sur la gestion de l'emploi lorsque l'entreprise est dans une situation délicate, qu'il s'agisse de s'accorder sur la réduction temporaire des droits contractuels des salariés afin de permettre à l'entreprise de faire face aux graves difficultés conjoncturelles qu'elle rencontre tout en évitant, en principe, la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois grâce à la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi. La mise en œuvre d'un tel accord, censé garantir le maintien de l'emploi en dépit de la situation délétère de l'entreprise en lui offrant davantage de flexibilité dans l'utilisation du facteur travail, peut en réalité se traduire par le prononcé immédiat du licenciement des salariés qui refuseraient de consentir aux sacrifices provisoires prévus par l'accord en contrepartie de la garantie, relative, du maintien de leur emploi...

Non seulement le droit social promeut la recherche de solutions négociées pour permettre de surmonter la crise conjoncturelle qui frappe l'entreprise en évitant, en théorie du moins, la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois mais il encourage de surcroît l'élaboration négociée des projets de grand licenciement collectifs projetés dans les entreprises de cinquante salariés au moins. En effet, lorsqu'est envisagée une restructuration impliquant le prononcé d'un grand licenciement collectif, le droit social incite l'employeur à rechercher un accord avec les organisations syndicales, relatif tant aux conditions de mise en œuvre des ruptures qu'aux mesures sociales d'accompagnement tendant à limiter le nombre des licenciements, et à favoriser le retour à l'emploi des salariés dont le contrat de travail sera inéluctablement rompu. À défaut de participer à la gestion de l'entreprise, les organisations syndicales sont donc appelées à participer à la gestion des ressources humaines de l'entreprise qu'il s'agisse de définir les conditions de la sécurisation des parcours professionnels des salariés dans l'entreprise, d'accorder davantage de flexibilité dans l'utilisation du facteur travail, ou d'élaborer les solutions idoines pour permettre à l'entreprise de faire face à une situation économique délétère en évitant la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois, ou au contraire en prenant part à la définition d'un projet de licenciement collectif en essayant de préserver au mieux les intérêts des salariés et l'emploi.

Le double mouvement de décentralisation et de procéduralisation du droit du travail, particulièrement mis en exergue dans la réforme de 2013, se traduit donc par l'essor de la

négociation collective autour des restructurations. Au-delà, afin de pallier son impuissance face aux décisions de restructurations le droit social tente d'en limiter le coût social en encadrant, en amont de leur réalisation, le prononcé de licenciements pour motif économique.

Si la décision de restructuration échappe par principe au droit social et relève de la seule autorité de la direction de l'entreprise, il est on ne peut plus logique que, lorsqu'elle prend la forme d'un licenciement pour motif économique, elle fasse l'objet d'un encadrement juridique en ce qu'elle porte atteinte à un droit constitutionnel. Au-delà de l'atteinte au droit à l'emploi, le licenciement d'un individu, en le privant de son emploi, l'atteint dans son statut social et représente également un coût social essentiellement assumé par la collectivité puisqu'il sera pris en charge par l'assurance chômage. Le droit social ne saurait ainsi tolérer que la décision de licencier réponde uniquement à un impératif de rentabilité financière. À cet égard, la décision consistant à prononcer des licenciements pour motif économique doit être légitime.

À défaut d'être un objectif légalement assigné aux opérations de restructurations décidées dans les entreprises *in bonis*, la préservation de l'emploi est en revanche, pour aussi paradoxal que cela puisse paraître de prime abord, la finalité essentielle de la réglementation du prononcé des licenciements pour motif économique. En effet, non seulement un licenciement pour motif économique doit en principe reposer sur une justification légitime, mais de surcroît une telle rupture ne peut en théorie intervenir qu'en ultime recours, lorsque l'employeur ne dispose d'aucune alternative à la rupture du lien contractuel faute de pouvoir reclasser le salarié sur un autre emploi en assurant au besoin son adaptation au poste de reclassement.

Outre l'exigence que le licenciement pour motif économique d'un individu soit légitime et s'impose à l'employeur faute de solution alternative, les projets de grand licenciement collectif sont soumis à un double contrôle, « social » et « public », avant de pouvoir être mis en œuvre. Ainsi, lorsque la restructuration prend la forme d'une compression massive d'effectif, le droit social exige de l'employeur qu'il soumette son projet au contrôle des représentants du personnel et de l'Administration du travail, voire du juge lorsque le projet est élaboré dans le cadre d'une procédure collective, hypothèse dans laquelle tout licenciement pour motif économique doit au préalable avoir été judiciairement autorisé. Afin d'assurer l'expression des intérêts des salariés lors de l'élaboration du projet de restructuration destructrice d'emplois, qu'il s'agisse de minimiser ses répercussions sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés ou d'atténuer son impact sur l'emploi,

les représentants du personnel sont invités à exprimer leur avis sur ledit projet et éventuellement à formuler des propositions alternatives au projet de restructuration pour en limiter le coût social.

Ils sont à ce titre appelés à participer à l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi qui doit impérativement accompagner les projets de grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins, destiné à éviter les licenciements, à en limiter le nombre et à favoriser le reclassement des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu au cours de la restructuration projetée¹. Au contrôle social des projets de restructurations destructrices de nombreux emplois au cours de leur élaboration, s'ajoute le contrôle administratif de ces projets. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013 si l'employeur est toujours libre de décider d'une restructuration consistant en une compression massive d'effectifs, celle-ci ne pourra être valablement mise en œuvre sans l'aval préalable de l'Administration du travail garante de la qualité du dialogue social relatif aux projets de grands licenciements collectifs et de la qualité des mesures sociales d'accompagnement prévues pour limiter le coût social de l'opération.

À défaut de pouvoir imposer la préservation de l'emploi au titre des variables devant être prises en compte dans la gestion de l'entreprise, le droit social tente de réduire le coût social des restructurations en encourageant le dialogue social en amont de leur réalisation. Est ainsi imposée ou encouragée la négociation collective en amont de la mise en œuvre de ces opérations qu'il s'agisse de négocier « à froid » pour essayer de sécuriser les parcours professionnels, ou « à chaud » pour permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés tout en essayant de préserver au mieux les intérêts des salariés (Titre 1). Par ailleurs, pour limiter les incidences néfastes des restructurations, le droit social soumet la décision de prononcer un licenciement pour motif économique à une exigence de légitimité (Titre 2).

TITRE I : LA PROMOTION DE LA NÉGOCIATION RELATIVE AUX RESTRUCTURATIONS.

TITRE II : LA DÉCISION DE LICENCIER POUR UN MOTIF ÉCONOMIQUE SOUMISE À UNE EXIGENCE DE LÉGITIMITÉ

¹ Art. L. 1233-61, C. trav.

TITRE I : LA PROMOTION DE LA NEGOCIATION RELATIVE AUX RESTRUCTURATIONS.

112. Le droit social est impuissant face aux décisions de restructuration qui relèvent de la liberté d'entreprendre des dirigeants de l'entreprise et de logiques économiques, voire financières, et entrepreneuriales qui lui échappent tout autant. La décision de mettre en œuvre une restructuration n'est ainsi aucunement appréhendée par le droit, elle relève de la seule appréciation des dirigeants de l'entreprise. Le droit social ne remet en cause ni la nécessité de procéder à une restructuration, ni les modalités de cette opération librement déterminées par la direction de l'entreprise.

113. Conscient des effets potentiellement néfastes de ces opérations sur la situation des salariés et particulièrement des destructions d'emplois qu'elles peuvent engendrer, le droit social tente de pallier son impuissance en encourageant la négociation collective autour de ces opérations non seulement pour conférer un semblant d'effectivité au droit des salariés de participer à la gestion de l'entreprise¹, mais également pour assurer, du moins en théorie, la prise en compte des intérêts des salariés et de la nécessité de préserver dans la mesure du possible l'emploi, le droit à l'emploi étant également un droit constitutionnel².

De ce point de vue l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi qui l'a, plus ou moins fidèlement, légalement retranscrit ont considérablement développé « le droit négocié des restructurations »³. Ces textes s'inscrivent en effet dans la tendance actuelle de procéduralisation du droit qui accompagne une sorte de « délégitimation de la loi qui,

¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, art. 8.

² Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, art. 5.

³ ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, JO du 16 juin 2013, p. 9958.

tombant brutalement d'en haut, fait preuve d'un autoritarisme désuet »¹, tandis que la négociation collective apparaît comme la solution la plus adaptée en laissant aux acteurs de l'entreprise le soin de définir les solutions idoines, correspondant aux besoins et problèmes spécifiques de l'entreprise, dans un esprit de dialogue par essence consensuel, en permettant aux organisations syndicales de s'impliquer dans la gestion de l'entreprise (en l'occurrence seulement des ressources humaines) et de défendre les intérêts des salariés et leur droit à participer à la gestion de l'entreprise².

La tendance actuelle à la procéduralisation particulièrement présente dans la loi du 14 juin 2013 se traduit donc par l'essor de la négociation collective autour des restructurations, le législateur se contentant de définir le cadre procédural et les grandes lignes dans lesquelles elle doit s'inscrire tandis que les partenaires sociaux définissent au niveau de l'entreprise les normes matérielles, substantielles qui vont réglementer les rapports de travail. A ce titre, la fonction « d'organisation » et de « gestion » de la négociation collective est particulièrement mise en exergue par la réforme de 2013 qui encourage non seulement la négociation « à froid » sur l'emploi en dehors de tout projet de restructuration, mais également la négociation « à chaud » lorsque l'entreprise se trouve dans une situation de crise.

114. Faute d'emprise sur les décisions de restructuration, le droit social promeut ainsi la négociation collective en amont de ces opérations, en imposant qu'une négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences soit mise en place afin d'assurer l'adéquation entre les ressources humaines actuelles de l'entreprise et ses besoins futurs au regard de la stratégie arrêtée par ses dirigeants, pour éviter dans la mesure du possible qu'une éventuelle restructuration future ne se traduise par de nombreux licenciements. Mettre en place une gestion prospective des emplois et des compétences préserve ainsi les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés. À ce titre, et dans le cadre d'une gestion prévisionnelle, la réforme de 2013 instaure la faculté de négocier des accords de mobilité interne destinés à offrir davantage de flexibilité aux entreprises en favorisant la mobilité des salariés. La

¹ J.-E. RAY, « Une mue salutaire, pour que la France épouse son temps », Dr. soc. 2013, p. 664.

² En ce sens, J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi – « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280 ; F. GEA, « Le droit du licenciement économique, à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210. Sur la procéduralisation du droit, V. not. : P. COPPENS et J. LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », vol. XXX, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Story scientia, 1999, spéc. p. 71 s. ; A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et société - Recherches et travaux », n° 5, LGDJ, 1998, spéc. p. 67-69

négociation de ces accords mettant en exergue la fonction de gestion et d'organisation de la négociation collective doit se dérouler en dehors de tout projet de réduction des effectifs. Pour autant, la mise en place d'un tel accord peut se traduire par le prononcé immédiat de plusieurs licenciements pour motif économique, échappant au droit commun...

115. La promotion de la négociation « à froid » en amont de toute restructuration illustre en quelque sorte l'adage selon lequel « mieux vaut prévenir que guérir », mais lorsque « l'entreprise est malade », le droit social prescrit comme remède la négociation collective « à chaud », le dialogue social apparaissant comme la thérapie la plus consensuelle en cas de crise pour trouver le traitement le plus adapté pour de préserver au mieux la santé économique de l'entreprise et l'intérêt des salariés.

Lorsque l'entreprise connaît de graves difficultés conjoncturelles, les partenaires sociaux sont appelés à son chevet pour essayer de conclure des accords de maintien de l'emploi qui, en accordant davantage de flexibilité à l'entreprise grâce à des dérogations *in pejus* aux droits contractuels par des aménagements de la durée du travail et/ou de la rémunération des salariés dont le maintien de l'emploi est censé être garanti, doivent théoriquement empêcher la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emploi. Ces accords peuvent, toutefois, en pratique entraîner le prononcé de licenciements pour motif économique dérogeant au droit commun...

116. De même, lorsque l'amputation semble inévitable, et que la direction d'une entreprise de cinquante salariés au moins envisage un grand licenciement collectif, les partenaires sociaux peuvent tenter d'enrayer l'hémorragie et essayer de sauver un maximum d'emplois en concluant un accord sur le plan de sauvegarde de l'emploi, obligatoire dans cette hypothèse, et portant éventuellement sur la procédure d'information/consultation des représentants du personnel et les conditions de mise en œuvre des ruptures.

117. Les organisations syndicales sont donc appelées à participer à la gestion de l'emploi et donc potentiellement à assumer la responsabilité de cette gestion qui peut conduire à la réduction de certains droits des salariés, notamment dans le cadre d'accords de maintien de l'emploi, ou à des licenciements pour motif économique dans le cadre de ces accords ou des accords de mobilité interne ; et ce alors même qu'elles n'ont à aucun moment ne serait-ce qu'un droit de regard sur la gestion de l'entreprise, à laquelle elles ne participent pas ; pas

plus qu'elles ne sont appelées à participer aux décisions relatives aux orientations stratégiques arrêtées par la direction et affectant l'emploi ou aux décisions de restructuration qui peuvent entraîner des licenciements pour motif économique dont elles devront en revanche assumer une part de responsabilité...

118. Si pour pallier son impuissance face aux décisions de restructurations librement arrêtées par les directions d'entreprise, le droit social encourage la négociation collective autour des restructuration comme « outil » tendant à préserver l'emploi et les intérêts des salariés face à ces opérations, il ne faudrait pas que cette promotion de la négociation « à froid » en amont de tout projet de restructuration (Chapitre I), pas plus que la négociation collective « à chaud » dans l'entreprise en crise (Chapitre II) ne constitue en réalité qu'un moyen pour les directions d'entreprise d'obtenir une caution syndicale sur des décisions unilatérales déjà arrêtées¹...

CHAPITRE I : LA NEGOCIATION EN AMONT DES RESTRUCTURATIONS

CHAPITRE II : LA NEGOCIATION DANS L'ENTREPRISE EN CRISE

¹ Crainte évoquée par A. BRAUN, « Accord de maintien de l'emploi : et pourtant ils signent... », SSL 2013, n° 1592.

CHAPITRE I : LA NEGOCIATION SUR L'EMPLOI EN AMONT DES DECISIONS DE RESTRUCTURATION.

119. Si « gouverner, c'est prévoir »¹, gérer une entreprise implique également que ses dirigeants anticipent les futures évolutions économiques et technologiques, les fluctuations du marché et les réactions de la concurrence afin de pouvoir « survivre aujourd'hui et croître demain pour survivre après demain »². Le droit social n'a aucune emprise sur les évolutions économiques, technologiques ou financières, pas plus que sur les décisions de restructurations arrêtées par les dirigeants d'entreprise pour y faire face. Il tente toutefois de pallier cette impuissance en imposant aux entreprises d'anticiper les conséquences des évolutions économiques sur l'emploi afin de préserver autant que faire se peut la situation des salariés face à l'éventualité d'une réorganisation future.

La protection des salariés en cas de restructuration implique de prévoir les évolutions de l'activité de l'entreprise, ses besoins à venir en termes d'emploi et de compétences, les qualifications requises pour mettre en place la stratégie définie par sa direction afin d'assurer l'adaptation des salariés aux emplois et métiers qui, à terme, seront nécessaires au développement de l'entreprise et au maintien de sa compétitivité. Si au nom de la liberté d'entreprendre, les dirigeants d'entreprise sont libres de décider de la stratégie à adopter et des restructurations à mettre en œuvre, les entreprises n'en ont pas moins une forme de responsabilité sociale à l'égard de leurs salariés. Il leur appartient « d'entretenir », voire de valoriser, le capital humain³. Au titre de sa responsabilité sociale émerge ainsi « une sorte de devoir général du chef d'entreprise d'assurer *« l'employabilité de son personnel »* »⁴. Ce devoir se traduit non seulement par l'obligation d'adapter les salariés à leur poste de travail

¹ E. DE GIRARDIN.

² L. DABIN, « Rapport de synthèse », in « L'acquisition des entreprises à la recherche d'un équilibre en Europe »: RDAI, n° 4/5-1999, p. 719.

³ Au même titre qu'elles entretiennent leur matériel, leurs machines ou encore leurs locaux.

⁴ F. FAVENNEC-HERY, « Du droit du licenciement économique au droit de l'employabilité du salarié », SSL 2004, n° 1291, p. 3.

et de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi¹, mais aussi par la nécessité de mettre en œuvre une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). En effet, l'objet de la GPEC consiste notamment à connaître les besoins futurs de l'entreprise en termes de ressources humaines pour sécuriser l'emploi grâce à l'instauration de mesures assurant la transition professionnelle des salariés d'un emploi dont l'avenir est incertain à un emploi essentiel au développement stratégique de l'entreprise.

120. La GPEC est traditionnellement définie comme « la conception, la mise en œuvre et le suivi de politiques et de plans d'action cohérents visant à réduire de façon anticipée les écarts entre les besoins et les ressources humaines de l'entreprise (en termes d'effectifs et de compétences) en fonction de son plan stratégique (ou du moins d'objectifs à moyen terme bien identifiés) et impliquant le salarié dans le cadre d'un projet d'évolution professionnelle »². La GPEC est par essence un instrument gestionnaire au service d'une finalité organisationnelle³ destiné à structurer et optimiser la gestion des ressources humaines afin de prévenir tout risque de sur(ou de sous)-effectif. Elle permet à l'entreprise d'envisager les conséquences des évolutions liées à son environnement tant interne qu'externe et à ses choix stratégiques, afin de minimiser l'impact sur l'emploi des restructurations et réorganisations indispensables à son essor économique.

Une démarche de GPEC se décline ainsi en plusieurs étapes. Il convient d'abord de dresser le constat des ressources humaines dont dispose l'entreprise en termes d'effectif, de qualifications et de compétences, puis d'évaluer l'impact sur l'emploi de la stratégie élaborée notamment au regard des mutations économiques prévisibles, pour enfin définir et mettre en place des dispositifs tendant à assurer l'adéquation entre les ressources actuelles et les besoins futurs de l'entreprise en termes de métiers, d'emplois et de compétences.

121. Comme le rappelle l'ANI du 11 janvier 2013, « *la GPEC est avant tout un outil d'anticipation qui peut, si l'on en fait bon usage, concilier besoins de performance des*

¹ Art. L. 6321-1, C. trav. Par ailleurs, pèse également sur l'employeur une obligation ponctuelle d'adapter les salariés à l'évolution de leur emploi lorsqu'il envisage de prononcer un licenciement pour motif économique, art. L. 1233-4, C. trav.

² D. THIERRY et C. SAURET, *La gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, L'Harmattan, 1990.

³ R. DALMASSO, J. DIRINGER, L. JOLY et T. SACHS, « Variations autour de la gestion prévisionnelle des emplois », RDT 2007, p. 513.

entreprises, aspirations des salariés et sécurisation de l'emploi. »¹. Elle peut ainsi être un outil efficace pour assurer une conciliation entre les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés notamment en permettant d'atténuer les répercussions potentiellement néfastes des restructurations sur l'emploi. C'est pourquoi a été instituée dans certaines entreprises l'obligation de négocier sur la mise en place de dispositifs de GPEC², en dehors de tout projet de restructuration.

Le droit social encourage ainsi le dialogue social « à froid » pour anticiper et amoindrir les répercussions prévisibles de la stratégie de l'entreprise sur l'emploi en préparant les salariés aux futures évolutions des métiers et des compétences. De ce point de vue, le droit français se situe dans la droite ligne du droit social européen. Ainsi, la directive du 11 mars 2002 affirme qu'« *Il importe de renforcer le dialogue social et les relations de confiance au sein de l'entreprise afin de favoriser l'anticipation des risques, (...) et de faciliter l'accès des travailleurs à la formation au sein de l'entreprise tout en préservant la sécurité, de sensibiliser les travailleurs aux besoins d'adaptation, d'accroître la disponibilité des travailleurs pour qu'ils s'engagent dans des mesures et des actions visant à renforcer leur capacité d'insertion professionnelle, de promouvoir l'association des travailleurs à la marche et à l'avenir de l'entreprise et de renforcer la compétitivité de celle-ci* »³.

La promotion du dialogue social « à froid », dans un contexte apaisé, loin des tensions suscitées par l'annonce d'une restructuration, devrait ainsi permettre une réflexion conjointe sur les moyens que l'entreprise doit mobiliser pour permettre de développer l'employabilité des salariés. Associer les organisations syndicales à l'anticipation des mutations économiques et des futurs besoins de l'entreprise liés à la stratégie définie par ses dirigeants devrait favoriser une prise en compte des intérêts des salariés en amont des décisions de restructuration et ainsi multiplier les solutions en aval pour préserver, dans la mesure du possible, l'emploi.

122. Certes, imposer une négociation collective sur la gestion prévisionnelle des emplois et la prévention des conséquences des mutations économiques est de nature à potentiellement réduire l'impact des restructurations sur l'emploi. Toutefois, la mise en place concertée d'une telle gestion ne constitue aucunement un moyen infaillible pour éviter

¹ ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 14.

² Art. L. 2242-15 et s., C. trav.

³ Dir. n° 2002/14/CE, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, JOCE, L. 80/29, cons. 7.

d'inéluctables restructurations ou faire obstacle au prononcé de licenciements pour motif économique. Cette obligation de négociation présente avant tout un intérêt pédagogique. Elle permet au droit social d'imposer aux dirigeants d'entreprise la prise en compte dans leurs décisions stratégiques des intérêts des salariés et de la nécessité de tenter de préserver l'emploi. Si les organisations syndicales lors de la négociation d'un accord de GPEC ne participent pas à proprement parler à la gestion de l'entreprise et au processus décisionnel relatif aux restructurations, au moins assurent-elles la prise en considération des intérêts des salariés dans la gestion des ressources humaines. À défaut de pouvoir assurer la sécurité de l'emploi, la négociation sur la GPEC participe à la sécurisation des parcours professionnels des salariés en instaurant une réflexion sur les actions à mener pour faciliter d'inéluctables transitions professionnelles.

123. Une GPEC efficace repose sur deux outils essentiels : la formation professionnelle et la mobilité, professionnelle et géographique, des salariés. Développer l'employabilité des salariés implique en effet que ceux-ci bénéficient d'actions de formation adaptées aux transitions professionnelles nécessaires à leur maintien dans l'emploi qui, le plus souvent, implique leur mobilité. À ce titre, la loi du 14 juin 2013 dite de sécurisation de l'emploi¹, transcrivant plus ou moins fidèlement les dispositions de l'ANI du 11 janvier 2013², insiste sur la nécessité de mettre en cohérence GPEC et plan de formation dans l'entreprise. La loi de 2013 instaure également les accords de mobilité interne dont la négociation est étroitement liée à la GPEC. Ces accords, dont la création a été souhaitée par les partenaires sociaux, visent à encourager et à développer la mobilité des salariés, gage présumé de la sécurisation de l'emploi face aux restructurations induites par les évolutions économiques et technologiques. Afin de dynamiser et de promouvoir la mobilité interne à l'entreprise, les dispositions légales relatives aux accords de mobilité interne tendent à réduire les obstacles juridiques et humains qui peuvent freiner le développement de la mobilité. Ces accords sont théoriquement conclus en dehors de tout projet de restructuration destructrice d'emploi puisqu'ils doivent prévoir des mesures de mobilité interne « *dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* »³. Toutefois, s'ils sont ainsi censés favoriser la mobilité des salariés sans qu'une compression d'effectif ne soit envisagée, l'application de ces accords peut en pratique se solder par le prononcé de

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, JO du 16 juin 2013, p. 9958.

² ANI du 11 janv. 2013, préc.

³ Art. L. 2242-21, C. trav.

licenciements pour motif économique dérogeant au droit commun du licenciement pour motif économique.

Si les décisions de restructuration restent librement arrêtées par les dirigeants d'entreprise sans que la préservation de l'emploi ne constitue une variable qu'il sont tenus de prendre en compte lorsqu'ils déterminent les modalités de l'opération, le droit social tente tout de même d'assurer la sécurisation des parcours professionnels en imposant l'ouverture de négociations permettant d'anticiper, et ainsi de réduire, les conséquences sur l'emploi des orientations stratégiques liées aux mutations économiques prévisibles. Il encourage ainsi le dialogue social en amont des restructurations et privilégie une logique de concertation, vecteur d'apaisement et de réflexion, préférable à un traitement « à chaud » de ces opérations potentiellement destructrices d'emploi. Le dialogue social sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et la mobilité permet ainsi aux organisations syndicales, si ce n'est de participer à la gestion de l'entreprise, de prendre au moins part à la gestion des ressources humaines dans une optique d'anticipation indispensable à la sécurisation de l'emploi (Section I). Selon la même logique, les partenaires sociaux peuvent négocier des accords de mobilité interne dont l'objectif affiché est d'offrir davantage de flexibilité à l'entreprise. Il s'agit alors de favoriser la mobilité des salariés dans le cadre de mesures d'organisation courantes étrangères à tout projet de réduction des effectifs dont la mise en œuvre peut toutefois entraîner des licenciements pour motif économique échappant au droit des licenciements collectifs (Section II).

Section I – L’obligation de négocier sur la GPEC.

124. *Instauration d’une obligation de négocier sur la GPEC.* La loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 a pour la première fois imposé l’ouverture d’une négociation triennale portant notamment sur la mise en œuvre d’un dispositif de GPEC¹. Toutefois, la pratique de la GPEC préexistait à la création de cette obligation de négocier². Les entreprises avaient déjà l’obligation de présenter aux représentants du personnel l’évolution et les prévisions d’emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions de prévention éventuelles (notamment de formation) envisagées compte tenu de ces prévisions³. Mais au-delà de leurs obligations légales, les entreprises avaient, dès avant 2005, intérêt à pratiquer une GPEC afin d’organiser et d’optimiser la gestion de leurs ressources humaines et de prévenir tout risque d’excédent ou d’insuffisance de personnel en termes d’effectifs ou de qualifications. Avant d’être un « objet juridique », la GPEC est par essence une démarche de gestion des ressources humaines.

125. Si les entreprises n’ont pas attendu 2005 pour mettre en œuvre une GPEC, il convient de ne pas minimiser la portée de l’innovation que constitue la création par la loi de cohésion sociale de l’obligation de négocier sur la GPEC en amont de toute restructuration⁴. Associer les organisations syndicales à la définition de dispositifs de GPEC peut permettre l’émergence d’orientations nouvelles dans le traitement des problèmes d’emploi, et particulièrement d’employabilité, en insufflant une dynamique tendant à prendre davantage en considération les intérêts des salariés pour sécuriser leur situation professionnelle en cas de restructuration. Imposer en dehors de tout projet de restructuration, une concertation sur l’emploi basée sur une logique préventive par opposition au traitement curatif des problèmes d’emploi que constitue la mise en œuvre d’un licenciement collectif pour motif économique apparaît ainsi comme un outil potentiellement efficace pour protéger les salariés face aux

¹ Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, de programmation pour la cohésion sociale, JO du 19 janv. 2005, p. 864.

² Pour une approche historique de la pratique de la GPEC, V. not. J. IGALENS, « La GPEC : intérêts et limites pour la gestion du personnel », Dr. soc., 2007, p. 1074 ; H. ROUILLEAULT, « Obligation triennale de négocier où en est-on ? », Dr. soc. 2007, p. 1068.

³ Art. L. 2323-56, C. trav pour le comité d’entreprise qui doit être informé et consulté sur ce thème et art. L. 2332-1, C. trav. pour le comité de groupe qui n’est pour sa part qu’informé, obligations créées par la loi n° 89-549, du 2 août 1989, modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JO du 8 août 1989, p. 9954.

⁴ Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, préc.

restructurations. La négociation relative à la GPEC a donc pour objectif principal de mettre en place des mesures pour préserver l'emploi face aux mutations économiques et aux restructurations susceptibles d'en découler, s'inscrivant ainsi dans une logique d'anticipation et de prévention. Toutefois, la situation des dispositions relatives à cette négociation dans le Code du travail en 2005¹ et les réformes de 2006² ont pu créer une certaine confusion sur l'objectif de cette négociation en laissant penser qu'elle tendait davantage à traiter des sureffectifs par le biais de ruptures « hors licenciement pour motif économique » qu'à assurer le développement et la pérennisation de l'emploi dans l'entreprise.

De ce point de vue, la réforme issue de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013³, reprenant les stipulations de l'ANI du 11 janvier 2013, tend à clarifier le rôle de la négociation relative à la GPEC dont l'objectif est explicitement rappelé par les partenaires sociaux. « *Un accord de GPEC doit accompagner la vision stratégique à moyen et long terme de l'entreprise et contribuer à l'évolution de la carrière des salariés, notamment à travers la formation.* »⁴. Si seules certaines entreprises sont soumises à l'obligation d'ouvrir une négociation triennale sur la GPEC, plusieurs dispositifs tendent à inciter les entreprises non assujetties à cette obligation à négocier sur ce thème.

126. Champ d'application. L'article L. 2242-15 du Code du travail impose l'ouverture d'une négociation triennale portant notamment sur l'instauration d'un dispositif de GPEC dans les entreprises et groupes d'entreprises⁵ employant au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire⁶ comportant au

¹ La loi de cohésion sociale avait en effet placé les dispositions relatives à la négociation sur la GPEC dans un chapitre préliminaire au chapitre relatif au licenciement pour motif économique. La Commission de recodification a fort pertinemment pris le soin de déplacer ces dispositions qui figurent désormais aux articles L. 2242-15 et suivants du Code du travail. V. D. GUILLOUET et M. DESGRANGES, « La recodification des dispositions relatives à la GPEC », JCP S 2008, p. 1267.

² La loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 (JO du 22 déc. 2006, p. 19315) a ainsi prévu que la négociation relative à la GPEC pouvait également porter sur les catégories d'emplois menacés par des évolutions économiques et technologiques, en assortissant les indemnités des départs volontaires prévus dans le cadre d'un accord GPEC d'un régime fiscal et social particulièrement favorable (les dispositions relatives à ce régime favorable ont été abrogées par la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, JO 30 déc. 2010, p. 23033). Par la suite, la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2010 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social (JO du 31 déc. 2006, p. 20210) a introduit un nouveau mode de rupture du contrat de travail : le congé de mobilité dont les modalités doivent être prévues dans le cadre d'un accord de GPEC (art. L. 1233-77 et s. C. trav.).

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 14.

⁵ Au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail relatif à la mise en place d'un comité de groupe.

⁶ Au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 du Code du travail qui définissent respectivement l'entreprise de dimension communautaire comme « l'entreprise ou l'organisme qui emploie au moins mille salariés dans les Etats membres de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen et qui comporte au moins un établissement employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux de ces Etats » et le groupe de

moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France¹. La limitation du champ d'application de cette obligation de négocier aux structures relativement importantes se justifie en ce qu'en pratique la « GPEC est d'autant plus efficiente que la population à laquelle elle s'adresse est importante »² et que l'entreprise ou le groupe dispose de moyens conséquents pour mettre en place des dispositifs efficaces notamment en termes de formation professionnelle. De surcroît, les possibilités de mobilité professionnelle, qui constitue le cœur d'une GPEC efficiente³, sont d'autant plus importantes que l'entreprise ou le groupe est grand.

127. Cependant, eu égard à l'intérêt que peut présenter une telle concertation entre direction d'entreprise et syndicats, l'ANI du 11 janvier 2013 encourage les entreprises non assujetties aux dispositions de l'article L. 2242-15 du Code du travail à négocier sur la GPEC⁴. De même, dans les entreprises qui ne sont pas soumises à cette obligation triennale mais qui souhaitent conclure un accord de mobilité interne, la négociation des conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise doit également porter sur les évolutions prévisionnelles des emplois et des compétences et les mesures susceptibles de les accompagner⁵. Par ailleurs, afin d'inciter les entreprises et les groupes d'entreprises de moins de trois cents salariés à mettre en œuvre des plans de GPEC, des aides publiques peuvent leur être accordées⁶. Enfin, pour permettre aux petites et moyennes entreprises notamment de bénéficier d'informations sur les évolutions des métiers et des compétences dans leur secteur et de connaître les actions de formation à mettre en œuvre en priorité, il existe une obligation

dimension communautaire comme « *le groupe, au sens de l'article L. 2331-1 [relatif au comité de groupe], satisfaisant aux conditions d'effectifs et d'activité mentionnées à l'article L. 2341-1 et comportant au moins une entreprise employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux des Etats mentionnés à ce même article* ».

¹ Pour davantage de précisions sur le champ d'application de l'obligation et notamment sur les modalités de décompte d'effectif, etc. V. B. TEYSSIE, « A propos d'une négociation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail », Dr. soc. 2005, p. 377.

² P. LECOHU, « Une nouvelle obligation de négocier au niveau des entreprises : la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences », LPA 2005, n° 31, p. 25.

³ En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « La GPEC : l'environnement juridique », Dr. soc. 2007, p. 1068 ; P. LECOHU, « Mobilité et accords sur la GPEC », Gaz. Pal., 2007, n° 275, p. 7 ; P. LOKIEC, « Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique », Dr. soc. 2008, p. 1238.

⁴ ANI du 11 janv. 2013, préc., art 14.

⁵ Art. L. 2242-1, *in fine*, C. trav.

⁶ Art. L. 5121-3 et D. 5121-7 et s., C. trav.

⁷ Les entreprises non assujetties à l'obligation de négocier sur la mise en place d'un dispositif de gestion des emplois et des compétences ont bien saisi l'intérêt pour elles d'ouvrir une telle négociation puisqu'entre 2008 et 2010 19 % des entreprises de moins de cinquante salariés ont engagé une telle négociation tout comme 35 % des entreprises employant entre cinquante et deux-cent-quatre-vingt-dix-neuf salariés. Voir sur ce point : J.-M. GERMAIN, rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, rapp. AN, n° 847, p. 267.

de négocier au niveau de la branche sur les matières visées aux articles L. 2242-15 et L. 2242-16 du Code du travail¹. La branche n'apparaît pas comme le niveau le plus approprié pour définir des dispositifs de GPEC, cette question étant étroitement liée aux spécificités de chaque entreprise. Néanmoins, ce niveau de négociation présente l'intérêt de pouvoir mettre en place des structures destinées à anticiper les mutations économiques au niveau de la branche et à analyser les évolutions des métiers et des compétences qui y sont liées, favorisant ainsi l'émergence d'une politique de formation au niveau de la branche dont pourront s'inspirer les entreprises.

128. Dans les structures visées à l'article L. 2242-15 du Code du travail, il appartient à l'employeur au niveau de l'entreprise ou à l'employeur de l'entreprise dominante au niveau du groupe de prendre l'initiative d'engager les négociations relatives à la GPEC, et ce, tous les trois ans. À cet égard, lorsqu'un accord de GPEC est conclu au niveau du groupe, les entreprises comprises dans son champ d'application sont réputées avoir satisfait à l'obligation triennale de négocier². En revanche, si l'ouverture au niveau du groupe de négociations sur la mise en place de dispositifs de GPEC n'aboutit à la conclusion d'aucun accord, les entreprises du groupe soumises à l'obligation triennale de négocier devront s'y soumettre.

La loi n° 2014-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi est venue modifier les dispositions relatives à la négociation triennale sur la gestion prévisionnelle des emplois et la prévention des mutations économiques afin de consolider le dispositif et de le rendre plus efficace³. Désormais, cette négociation doit en effet être fondée sur les orientations stratégiques de l'entreprise définies par les organes de direction (§ 1), condition *sine qua non* de la qualité et de l'effectivité de la concertation. Par ailleurs, cette loi a élargi la négociation à de nouveaux thèmes et insiste sur la nécessaire mise en cohérence de divers dispositifs. Elle met ainsi notamment en exergue la nécessité d'harmoniser GPEC et politique de formation. L'élargissement de l'objet de la négociation pourrait également contribuer à assurer une meilleure protection des salariés en réduisant l'impact sur l'emploi d'éventuelles restructurations grâce au développement de leur employabilité et à l'instauration d'une réflexion sur les prolongements des dispositifs de GPEC hors de l'entreprise, en direction des

¹ Art. L. 2241-4, C. trav.

² Art. L. 2242-18, C. trav.

³ En ce sens, R. VATINET, « Développer la gestion prévisionnelle négociée des emplois et des compétences », JCP S 2013, 1274 ; P.-H. ANTONMATTEI, « GPEC : le renforcement de l'obligation triennale de négocier », Dr. soc. 2013, p. 791.

sous-traitants ou des territoires (§ 2). Cependant, le doute reste permis sur la réelle efficacité de l'obligation de négocier sur la mise en place de dispositifs de GPEC qui, lorsqu'elle aboutit à un accord, peut éventuellement atténuer l'impact des mutations économiques et des décisions de restructuration sur l'emploi, mais ne constitue en aucun cas un obstacle à leur mise en place ou au prononcé de licenciements pour motif économique (§ 3).

§ 1 – Une négociation fondée sur les orientations stratégiques de l'entreprise.

129. Pour que le dialogue social relatif à la GPEC soit efficace, il est indispensable qu'il repose sur un partage de l'information relative à la stratégie de l'entreprise. C'est principalement au regard des orientations stratégiques de l'entreprise définies par ses dirigeants que sont déterminés ses futurs besoins en ressources humaines. La qualité d'une GPEC négociée implique donc un échange entre les organisations syndicales et la direction sur sa vision stratégique : les activités qu'elle entend développer, sa politique en matière de recherche et de développement, ses objectifs de positionnement sur le marché vis-à-vis de ses concurrents, les secteurs d'activité dans lesquels elle entend investir et ceux qu'elle envisage à terme de délaisser du fait des mutations économiques et technologiques à venir, etc. La GPEC ayant pour finalité l'adéquation entre les ressources humaines dont dispose l'entreprise et celles qui seront nécessaires à terme à son développement économique, sa mise en place est étroitement liée à la stratégie économique et industrielle définie par les organes dirigeants de l'entreprise. C'est pourquoi, dès 2005, une corrélation entre négociation sur la GPEC et stratégie de l'entreprise a été établie. L'ancien article L. 2242-15 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 juin 2013¹, imposait ainsi à l'employeur d'engager une négociation portant en premier lieu sur « *les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires* » et en second lieu sur « *la mise en place d'un dispositif de GPEC* ». Seule une obligation de négocier sur les modalités d'une éventuelle consultation du comité

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise était prévue, à l'exclusion de toute obligation légale de consulter le comité sur cette stratégie, consultation objet de controverses¹.

Or, aux termes de l'ANI du 11 janvier 2013 « *Comprendre la stratégie de l'entreprise, les leviers et contraintes qui la déterminent, constitue une étape nécessaire aux salariés pour se l'approprier. Savoir que les conséquences de cette stratégie pour leur emploi, leur carrière, leurs conditions de travail sont anticipées et que leur avenir est sécurisé est une condition de leur adhésion et de leur performance. La représentation des intérêts des salariés, comme de ceux des autres parties prenantes, au moment où le projet se construit, est indispensable : la stratégie adoptée pourra ainsi n'occulter aucun des problèmes éventuels et prévoir à temps les solutions adaptées.* »².

130. À ce titre et conformément au vœu formulé par les partenaires sociaux la loi du 14 juin 2013 a instauré à l'article L. 2323-7-1 du Code du travail une obligation annuelle de consulter le comité d'entreprise sur « *les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, et sur leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages* ». Or, l'article L. 2242-15 du Code du travail prévoit que la négociation relative à la mise en place de dispositifs de GPEC doit être engagée notamment sur le fondement des orientations stratégiques de l'entreprise et de leurs conséquences telles qu'elles auront été « débattues » entre le comité d'entreprise et la direction de l'entreprise en application de l'article L. 2323-7-1 du Code du travail. La consultation du comité d'entreprise doit en effet donner lieu à un véritable échange sur les orientations stratégiques de l'entreprise entre les représentants du personnel et les organes de direction de l'entreprise. Lors de cette consultation le comité peut ainsi formuler des propositions alternatives aux choix stratégiques retenus par la direction. Son avis doit être transmis à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise qui doit fournir aux représentants du personnel une réponse argumentée, à laquelle le comité aura alors la possibilité de répondre³. Est ainsi affichée la volonté de renforcer le droit constitutionnel des salariés à participer à la gestion de

¹ V. not. P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, Litec, 2^{ème} éd., p. 509 ; S. NIEL, « La consultation du comité d'entreprise sur la stratégie est-elle risquée ? », SSL 2013, n° 1578.

² Introduction du titre II intitulé « RENFORCER L'INFORMATION DES SALAIRES SUR LES PERSPECTIVES ET LES CHOIX STRATEGIQUES DE L'ENTREPRISE POUR RENFORCER LA GESTION PREVISIONNELLE DES EMPLOIS ET DES COMPETENCES », ANI 11 janv. 2013, préc. p. 11.

³ Art. L. 2323-7-1, C. trav.

l'entreprise¹. Toutefois, aucune cogestion à l'allemande, ou codétermination à la suédoise n'est instaurée, dans la mesure où la direction de l'entreprise n'est nullement tenue de suivre les propositions alternatives formulées par les représentants du personnel sur les options stratégiques retenues. Pour autant, imposer un dialogue entre le comité et l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise peut permettre la prise en compte des intérêts des salariés dans la définition de cette stratégie. Cela peut également favoriser l'anticipation des conséquences des orientations stratégiques sur l'emploi et les compétences dans l'entreprise.

131. Dans cette optique, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 renforce le lien entre définition concertée de dispositifs de GPEC et stratégie de l'entreprise en imposant à l'employeur d'engager la négociation triennale « *notamment sur le fondement des orientations stratégiques de l'entreprise et de leurs conséquences mentionnées à l'article L. 2323-7-1* » du Code du travail². L'obligation de baser les négociations sur les orientations stratégiques de l'entreprise doit être approuvée en ce que le but propre de la définition d'un plan de GPEC est de permettre, grâce à l'anticipation des conséquences sur l'emploi des choix stratégiques de l'entreprise, de définir les moyens d'assurer l'adéquation entre les ressources humaines de l'entreprise et ses besoins futurs. L'efficacité de la négociation sur la GPEC implique donc un dialogue social transparent, fondé sur la confiance et une réelle communication de l'information sur les mutations de l'environnement économique de l'entreprise et sur sa stratégie³. Ce n'est qu'à cette condition que peut émerger un diagnostic véritablement *partagé* sur les risques d'écarts entre ressources et besoins de l'entreprise en termes de métiers, de qualifications et de compétences. Ce diagnostic partagé constitue le fondement indispensable à la définition *concertée* d'une politique de GPEC efficiente. L'efficacité de la négociation triennale est subordonnée à la connaissance par les organisations syndicales des orientations définies par la direction de l'entreprise, des éventuels changements du périmètre de son activité envisagés, des secteurs dans lesquels elle désire investir, des positions qu'elle entend prendre sur le marché, des options retenues en termes de produits, de recherche et de développement, de politique industrielle, etc. Pour

¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, art. 8.

² Art. L. 2242-15, C. trav.

³ H. ROUILLEAULT, art. préc. ; Entretien de H. ROUILLEAULT avec T. GRUMBACH, L. JOLY, A. LYON-CAEN et T. SACHS, « La GPEC : au-delà du rapport Rouilleault », RDT 2007, p. 566 ; J.-E. RAY, « Anticipation en matière d'emploi et mythes nécessaires », Gaz. Pal. 2007, n° 226, p. 4

paraphraser Auguste COMTE, il s'agit de « savoir pour prévoir, afin de pouvoir »¹. En l'occurrence *savoir* quelles sont les options stratégiques retenues par la direction de l'entreprise, *pour prévoir* leurs répercussions sur l'emploi *afin de pouvoir* déterminer les mesures les mieux adaptées à la sécurisation des parcours professionnels des salariés.

À ce titre, l'instauration par la loi du 14 juin 2013 d'une base de données économiques et sociales² consultable en permanence par les délégués syndicaux est de nature à accroître la connaissance par les organisations syndicales des enjeux et contraintes qui pèsent sur l'entreprise et conditionnent en partie la définition de sa stratégie. Les informations contenues dans cette base constituent à la fois un bilan puisqu'elles doivent porter sur les deux dernières années et une analyse prospective en ce qu'elles doivent intégrer les perspectives envisagées pour les trois années suivantes. Elles offrent ainsi aux syndicats une lisibilité sur l'avenir de l'entreprise propre à assurer la transparence indispensable à un dialogue social de qualité sur la GPEC.

132. Incertitudes sur la portée effective de l'obligation de fonder la négociation sur les orientations stratégiques. Si la récente obligation de fonder la négociation sur les orientations stratégiques de l'entreprise constitue un progrès non négligeable, la portée effective de cette obligation reste tout de même relativement incertaine. En effet, le législateur ne définit aucunement le concept « d'orientations stratégiques », la stratégie n'étant d'ailleurs pas une notion juridique. Relevant davantage des sciences économiques et de gestion, la stratégie peut être définie comme « l'ensemble des décisions qui détermine et révèle les objectifs, la mission et les buts, qui produit les principales politiques et plans pour atteindre ces objectifs et définit le domaine d'activité que l'entreprise poursuit, le type d'organisation économique et humaine qu'elle a l'intention d'être et la nature des contributions économiques

¹ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Tome 1, Leçon 1, éd. Hermann, 1998.

² Cette base de données doit notamment comporter des informations relatives à l'investissement social mais aussi à l'investissement matériel et immatériel ou encore aux flux financiers à destination de l'entreprise ainsi que des renseignements relatifs à la sous-traitance ou aux éléments de la rémunération des dirigeants et des salariés (art. L. 2323-7-2, C. trav.). Il convient de signaler que c'est sur le fondement de cette base de données unique dont la création a été souhaitée par les partenaires sociaux dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2013 (art. 12), que se déroule la consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise (art. L. 2323-7-1, C. trav.). Il convient d'indiquer que la loi du 14 juin 2013 accorde aux entreprises un délai pour la mise en place de cette base de données : les entreprises d'au moins trois cents salariés avaient ainsi jusqu'au 14 juin 2014 pour l'instaurer, et les structures plus petites devront pour leur part l'avoir instaurée au plus tard le 14 juin 2015 (Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 8, IV). Par ailleurs, le décret n° 2013-1305 du 27 décembre 2013 est venu préciser les modalités de mise en place et de fonctionnement de la base de données économiques et sociales ainsi que son contenu. Ce décret précise également les délais laissés aux entreprises pour intégrer les différentes informations dans la base (Décr. n° 2013-1305 du 27 déc. 2013, relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise, JO du 31 déc. 2013, p. 22409, art. 2). En tout état de cause, les renseignements contenus dans les rapports et informations transmis de manière récurrente au comité d'entreprise devront être mis à disposition de ses membres dans la base de données au plus tard le 31 décembre 2016 (Décr. n° 2013-1305 du 27 déc. 2013, préc., art. 2).

et non économiques qu'elle a l'intention de faire à ses actionnaires, employés et clients et à la communauté »¹. Les directions d'entreprise devraient ainsi informer les organisations syndicales des options arrêtées en termes de périmètre d'activité, de produits et de positionnement sur le marché en tenant compte notamment de la concurrence, et de leurs choix de stratégie industrielle.

Cependant, l'absence de définition légale des « orientations stratégiques » laisse une certaine latitude aux directions d'entreprise quant au contenu et à la pertinence des informations qu'elles voudront bien délivrer aux organisations syndicales. Nombre de directions d'entreprise considèrent (à juste titre) que la détermination de la stratégie relève de leur seul pouvoir et sont assez réticentes, notamment pour des raisons de confidentialité, à dévoiler leurs objectifs stratégiques aux représentants du personnel ou aux organisations syndicales. Ainsi, faute de réel contrôle envisageable, l'étendue des informations relatives à la stratégie de l'entreprise et leur degré de pertinence et de précision dépendront dans une certaine mesure du bon vouloir de la direction et du degré de confiance entre les parties à la négociation.

133. Par ailleurs, l'article L. 2242-15 du Code du travail prévoit l'ouverture de la négociation triennale sur le fondement des orientations stratégiques de *l'entreprise*. La stratégie des groupes n'est aucunement visée par le texte alors même que la négociation relative à la GPEC peut-être conduite au niveau du groupe. Or lorsqu'une entreprise appartient à un groupe, la stratégie est bien souvent déterminée au niveau de la direction de ce dernier. Les dirigeants des filiales, sur lesquels pèse l'obligation de fonder la négociation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, n'ont alors aucune influence sur la définition de la stratégie de leur entreprise². Faute de véritablement fixer la stratégie de leur entreprise, il leur sera particulièrement délicat de pouvoir réellement engager la négociation relative à la GPEC sur le fondement d'orientations stratégiques qu'ils ne maîtrisent pas. Au mieux pourront-ils exposer les orientations stratégiques que la direction du groupe aura bien voulu leur communiquer... L'ineffectivité de l'ouverture de la négociation triennale sur le fondement des orientations stratégiques de l'entreprise risque d'être encore plus patente dans les filiales d'un groupe multinational dont la direction est située à l'étranger³ ou dans les entreprises

¹ K. R. ANDREWS, « The concept of corporate strategy Homewood III », cité in P. LE COHU, Les cahiers du DRH, n° 107, févr. 2005

² S. NIEL, « La consultation du comité d'entreprise sur la stratégie est-elle risquée ? », SSL 2013, n° 1578.

³ S. NIEL, art. préc.

financiarisées. On ne peut ainsi que regretter que seule la stratégie de l'entreprise, et non celle du groupe, ait été envisagée comme base de la négociation relative à la GPEC ; et ce d'autant plus que le groupe se présente comme un niveau pertinent pour mettre en place une politique efficace de GPEC en envisageant notamment la mobilisation des moyens du groupe dans le cadre d'un plan de formation et la mise en œuvre de mesures de mobilité intra-groupe¹. Dans les groupes soucieux de leur responsabilité sociale et de la nécessité d'instaurer un dialogue social de qualité, il semble envisageable que certaines des orientations stratégiques du groupe soient éventuellement dévoilées aux organisations syndicales. Cependant, juridiquement rien ne les y contraint. Certes, le comité de groupe doit être informé des perspectives économiques du groupe pour l'année à venir et recevoir les avis des différents comités d'entreprise rendus dans le cadre de la consultation sur les orientations stratégiques prévue à l'article L. 2323-7-1 du Code du travail, ce qui pourrait servir de base à la négociation sur la GPEC menée au niveau du groupe. Toutefois, nombre de groupes ont à leur tête une holding qui bien souvent n'emploie que peu (voire pas) de salariés et est donc dépourvue de comité d'entreprise échappant ainsi à l'obligation de le consulter sur les orientations stratégiques arrêtées par sa direction...

L'obligation d'engager la négociation sur les orientations stratégiques de l'entreprise ne peut qu'être approuvée en ce que seule la connaissance de cette stratégie et l'anticipation des mutations économiques est à même de permettre de déterminer les besoins futurs de l'entreprise en termes d'emploi et de compétences. Néanmoins, la portée réelle de cette obligation et son effectivité semblent bien incertaines. L'efficacité de cette obligation dépendra du contenu des orientations stratégiques que les directions d'entreprise et de groupe voudront bien dévoiler. De surcroît, la portée juridique de cette obligation légale est relativement incertaine faute de contrôle et de sanction réellement envisageables². Il semble en effet difficile que soit mise en cause la responsabilité des organes de direction en cas de changement de stratégie rendant caducs tout ou partie des dispositifs de GPEC instaurés dans l'accord³. Il ne peut être exclu que des mutations technologiques ou économiques ou des circonstances conjoncturelles imprévisibles au moment de la conclusion de l'accord imposent à la direction de l'entreprise de changer de stratégie au cours de son application afin d'assurer la survie de l'entreprise, ce que l'on ne pourra guère lui reprocher...

¹ En ce sens, A. DE RAVARAN, « Négocier les restructurations après la loi du 18 janvier 2005 : aspects pratiques », Dr. soc. 2006, p. 298.

² En ce sens R. VATINET, art. préc.

³ En ce sens R. VATINET, art. préc.

Au total, s'il est pertinent que le législateur impose aux employeurs d'engager la négociation relative à la GPEC sur les orientations stratégiques de l'entreprise, cette obligation semble davantage constituer un conseil pédagogique à destination des partenaires sociaux qu'une obligation ayant une réelle portée juridique¹.

Dans le souci de conférer une efficacité plus grande à la négociation collective relative à la GPEC, la loi du 14 juin 2013 a donc renforcé le lien entre orientations stratégiques de l'entreprise et l'instauration concertée de dispositifs de GPEC. De plus, afin d'accroître l'efficacité de la GPEC, la loi de sécurisation de l'emploi a élargi l'objet de cette négociation en insistant notamment sur la nécessaire mise en cohérence des plans de formation et de la gestion prospective des ressources humaines. Elle invite également les partenaires sociaux à une réflexion sur les prolongements des dispositifs de GPEC hors de l'entreprise.

§ 2 – L'objet de la négociation triennale.

134. *Objets obligatoires de négociation.* La loi du 14 juin 2013 tente de renforcer l'efficacité de la négociation relative à la gestion prévisionnelle des emplois et à la prévention des conséquences des mutations économiques en élargissant les thèmes, obligatoires et facultatifs, sur lesquels les partenaires sociaux sont invités à négocier². L'article L. 2242-15 du Code du travail dresse une liste des thèmes sur lesquels les partenaires sociaux doivent obligatoirement négocier tous les trois ans. Elle vise à ce titre l'obligation d'envisager la mise en place d'un dispositif de GPEC et des mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés autres que celles relevant d'un accord de mobilité interne³. Les partenaires sociaux, lors de la négociation triennale obligatoire, peuvent en effet décider, s'ils le souhaitent, de négocier un accord de mobilité interne qui sera dans ce cas là l'objet d'un chapitre spécifique de l'accord de GPEC⁴.

¹ En ce sens R. VATINET, art. préc.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.,

³ Art. L. 2242-15, 1°, C. trav.

⁴ Art. L. 2242-15, 2°, C. trav. ; nous développerons dans la section suivante la négociation et le contenu des accords de mobilité interne.

Par ailleurs, les partenaires sociaux doivent négocier sur les grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle dans l'entreprise et les objectifs du plan de formation. Ceci est on ne peut plus logique dans la mesure où l'un des piliers essentiels de la GPEC est la formation professionnelle, indispensable au maintien et au développement de l'employabilité des salariés¹.

Au titre des nouveaux objets de négociation triennale issus de la loi de sécurisation de l'emploi figure l'obligation pour les partenaires sociaux d'envisager ensemble « *les perspectives de recours par l'employeur aux différents contrats de travail, au travail à temps partiel et aux stages, ainsi que les moyens mis en œuvre pour diminuer le recours aux emplois précaires dans l'entreprise au profit des contrats à durée indéterminée* »². En imposant aux partenaires sociaux de négocier sur ce thème, le législateur entend ainsi faire de la GPEC un moyen de lutter contre la précarité de l'emploi dans l'entreprise³. Toutefois, dans la mesure où sont seulement évoquées « *les perspectives* » de recours aux contrats précaires par l'employeur, et où dans tous les cas, la loi impose de négocier mais non de conclure un accord, il est peu probable qu'émerge de la négociation sur ce thème des engagements fermes à la portée juridique contraignante. Cependant, l'idée d'imposer un dialogue entre direction et syndicats sur les moyens de lutter contre la précarisation de l'emploi dans l'entreprise et de tenter de réduire le recours aux emplois précaires est séduisante. Il sera intéressant de voir comment les partenaires sociaux se saisiront de cette question et d'observer les éventuelles stipulations prévues dans de futurs accords.

Enfin, les partenaires sociaux sont désormais obligés de négocier sur « *Les conditions dans lesquelles les entreprises sous-traitantes sont informées des orientations stratégiques de l'entreprise ayant un effet sur leurs métiers, l'emploi et les compétences.* »⁴. Cette obligation de négocier met en exergue la responsabilité sociétale ou territoriale des entreprises. Celles-ci sont en effet partie intégrante d'un réseau d'entreprises, elles sont implantées dans un bassin d'emploi et certains des choix stratégiques arrêtés par leur direction sont susceptibles d'affecter leurs fournisseurs, leurs sous-traitants, voire l'équilibre de toute la région dans laquelle elles sont basées. C'est notamment le cas lorsqu'elles décident d'une restructuration se traduisant par un licenciement collectif d'une ampleur telle que le tissu économique et

¹ Art. L. 2242-15, 3°, C. trav.

² Art. L. 2242-15, 4°, C. trav.

³ J.-M. GERMAIN, rapp. AN, n° 847, préc., p. 269.

⁴ Art. L. 2242-15, 5°, C. trav.

social dont elles font partie risque d'en être ébranlé¹. La loi de sécurisation de l'emploi renforce donc dans une certaine mesure la prise en compte de la responsabilité sociale et territoriale des entreprises en les obligeant à négocier sur l'information des sous-traitants sur leurs orientations stratégiques, mais également en instaurant des objets facultatifs de négociation tendant à assurer des prolongements à la GPEC hors de l'entreprise².

135. Objets facultatifs de négociation. L'article L. 2242-16 du Code du travail envisage pour sa part des thèmes facultatifs de négociation. Il dispose que dans le cadre de la négociation triennale les partenaires sociaux peuvent éventuellement négocier « *sur les matières mentionnées aux articles L. 1233-21 et L. 1233-22 selon les modalités prévues à ce même article* »³. Il s'agit là des accords de méthode permettant aux partenaires sociaux de déroger à certaines dispositions légales relatives à la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise en cas de projet de grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins. Les accords de GPEC peuvent donc à titre facultatif adapter « à froid » la procédure de grand licenciement collectif en intégrant un accord de méthode. Néanmoins, les profondes modifications de cette procédure et notamment celles relatives aux conditions d'élaboration et de contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi apportées par la loi de sécurisation de l'emploi laissent à penser qu'à l'avenir la conclusion « à froid » de ces accords semble vouée, si ce n'est à disparaître, du moins à se raréfier considérablement⁴. En effet, la loi du 14 juin 2013 consacre le contrôle administratif du plan de sauvegarde de l'emploi et de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur les projets de grands licenciements collectifs qui échappent désormais au contrôle du juge judiciaire tant redouté.

De surcroît, elle a repris les stipulations de l'ANI tendant à enfermer l'information/consultation des représentants du personnel sur les projets de grands licenciements collectifs dans de stricts délais réduisant ainsi dans une certaine mesure l'intérêt

¹ Sur la responsabilité sociétale des entreprises et l'obligation de revitalisation des bassins d'emploi.

² Il convient d'indiquer que la mise en place d'une GPEC au niveau territoriale est encouragée par la loi du 5 mars 2014 qui a introduit à l'article L. 2241-4 du Code du travail un deuxième alinéa selon lequel « *La négociation sur la GPEC [menée au niveau de la branche] peut se décliner à l'échelle du territoire et s'appuie sur les travaux de l'observatoire prospectif des métiers et des qualifications mis en place par la commission paritaire nationale de l'emploi au niveau de chaque branche, tout en veillant à l'objectif de mixité des métiers. Cet observatoire porte une attention particulière aux mutations professionnelles liées aux filières et aux métiers de la transition écologique et énergétique.* ». Loi n° 2014-288, du 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, JO, du 6 mars 2014, p. 4848 ; Sur cette question, V. JCP S 2014, 1162.

³ Art. L. 2242-16, 1°, C. trav.

⁴ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

de conclure un accord de méthode. Surtout, lorsqu'est projeté un grand licenciement collectif dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, la loi du 14 juin 2013 prévoit la possibilité que soit conclu un accord majoritaire sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, accord qui peut également porter sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise et les conditions de mise en œuvre du projet de licenciement¹. Il est donc probable qu'en pratique les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise ne soient plus négociées « à froid » dans le cadre d'accords de méthode ou d'accords de GPEC mais soient adaptées dans l'accord majoritaire conclu « à chaud » en même temps que sera défini le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

Par ailleurs, « *la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques* » figure au titre des objets facultatifs de négociation triennale² ce qui peut paraître curieux dans la mesure où identifier ces emplois semble primordial afin de définir les actions à mener en priorité pour assurer la transition professionnelle des salariés qui les occupent vers un emploi au futur *a priori* plus stable.

Enfin, l'article L. 2242-15 du Code du travail invite les partenaires sociaux à négocier s'ils le souhaitent « *sur les modalités de l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de GPEC de l'entreprise* »³ et « *sur les conditions dans lesquelles l'entreprise participe aux actions de GPEC mises en œuvre à l'échelle des territoires où elle est implantée* »⁴, permettant ainsi d'envisager une extension des dispositifs de GPEC hors de l'entreprise.

L'objet de la négociation triennale a ainsi été considérablement élargi par la loi du 14 juin 2013 qui impose la mise en cohérence de divers dispositifs en insistant particulièrement sur la nécessaire harmonisation entre dispositifs de GPEC et plan de formation. Elle tente ainsi de renforcer l'efficacité de la gestion prospective des ressources humaines au sein de l'entreprise (A). En outre, de nouveaux objets de négociation sont envisagés pour assurer des prolongements à la GPEC hors de l'entreprise, en direction des sous-traitants et des territoires (B).

¹ Art. L. 1233-24-1 et s., C. trav.

² L. 2242-16, 2°, C. trav.

³ L. 2242-16, 3°, C. trav.

⁴ L. 2242-16, 4°, C. trav.

A – La mise en place négociée de dispositifs de GPEC au sein de l’entreprise.

136. Objectif de la négociation. La finalité principale de la négociation triennale est d’aboutir à la mise en place concertée d’un dispositif de GPEC efficient. Il s’agit alors de sécuriser l’emploi en évitant les risques de sur(ou sous)-effectif grâce à des actions de formation, voire de reconversion, et des politiques de mobilité ambitieuses de nature à favoriser les transitions professionnelles des salariés. Ces transitions sont indispensables pour que les compétences et qualifications des salariés correspondent aux besoins de l’entreprise et leur assurent un avenir au sein de cette dernière ou leur garantissent une réinsertion rapide sur le marché du travail. Tout ceci implique de respecter trois étapes essentielles.

Dans un premier temps, il faut recenser les ressources humaines actuelles de l’entreprise. Il est à cet égard nécessaire non seulement de procéder à une analyse démographique de son personnel prenant notamment en compte la pyramide des âges, mais également d’identifier les diverses qualifications et compétences déjà présentes dans l’entreprise, ainsi que leurs possibilités de développement.

Dans un second temps, les partenaires sociaux doivent analyser les futurs besoins de l’entreprise en termes de ressources humaines au regard des orientations stratégiques de l’entreprise et des mutations économiques ou technologiques prévisibles. Il s’agit de déterminer quels compétences, métiers et qualifications vont se révéler à court ou moyen terme indispensables à l’essor économique de l’entreprise, au maintien de sa compétitivité et à la mise en place de la stratégie définie par la direction. Les partenaires sociaux doivent également identifier les emplois, métiers et qualifications qui ne seront plus à court ou moyen terme nécessaires au vu des orientations stratégiques retenues par les dirigeants de l’entreprise. Si le recensement des catégories d’emplois menacés par les évolutions économiques et technologiques ne constitue qu’un objet facultatif de négociation¹, et si l’expression « *emplois menacés* » n’est pas particulièrement heureuse², il semble essentiel que les partenaires sociaux identifient ces emplois, au moins par catégories. Il est en effet primordial de déterminer quels sont les « emplois menacés » pour instaurer en priorité des dispositifs dédiés aux salariés les occupant. L’objectif est alors de leur offrir la possibilité de

¹ Art. L. 2242-16, C. trav.

² En effet, le mot « menacé » est particulièrement mal choisi comme le souligne Françoise FAVENNEC-HERY (art. préc.) dans la mesure où il risque de créer dans l’entreprise un climat de tension et où les organisations syndicales sont assez réticentes au principe même d’être associées à l’élaboration d’une « liste » d’emplois menacés. En ce sens également, P. LE COHU, art. préc.

passer d'un tel emploi au futur très incertain, à un emploi dont la pérennité semble assurée au regard des besoins à venir de l'entreprise.

Une fois analysés les ressources actuelles de l'entreprise et ses besoins futurs en matière d'emplois et de compétences, les partenaires sociaux pourront anticiper les risques d'excédent ou d'insuffisance de personnel en termes d'effectifs et de qualifications à court ou moyen terme. Pour être efficace la négociation collective doit envisager une GPEC s'inscrivant dans le temps. À la différence du licenciement pour motif économique, mesure ponctuelle venant traiter un problème d'emploi à un moment donné, la GPEC doit pour sa part être permanente¹. Sa finalité n'est pas seulement de prévenir les ruptures susceptibles de découler d'une future restructuration, elle doit aussi assurer l'instauration d'outils permettant d'anticiper en permanence les évolutions des besoins de l'entreprise en termes de ressources humaines. Par ailleurs, la GPEC mêle aspects collectifs (diagnostic partagé des besoins et ressources de l'entreprise, plan de formation, politique de recrutement etc.) et aspects individuels (entretiens individuels avec la hiérarchie, bilans de compétences, validation des acquis de l'expérience, etc.). L'efficacité des dispositifs de GPEC repose sur leur permanence et leur adaptabilité à un contexte économique mouvant. Mais elle repose également, et surtout, sur la qualité de l'articulation entre le « volet collectif » de l'accord de GPEC et son « volet individuel »² permettant au salarié d'être véritablement acteur de son évolution professionnelle et de la sécurisation de son parcours professionnel.

137. Mise en place négociée des dispositifs de GPEC. Les mécanismes de GPEC susceptibles d'être instaurés par les partenaires sociaux dans la cadre de la négociation triennale sont multiples et le contenu des accords très variable d'une entreprise (ou d'un groupe) à l'autre³. N'imposant qu'une obligation de négocier sur la GPEC, et non de conclure un accord, le législateur laisse toute liberté aux partenaires sociaux pour définir les dispositifs les mieux adaptés aux spécificités de l'entreprise et aux moyens qu'elle est susceptible de mobiliser.

¹ H. ROUILLEAULT, Anticiper et concerter les mutations – L'obligation triennale de négocier le dispositif de GPEC, rapport remis à C. LAGARDE et X. BERTRAND, La documentation Française, 2007 ; D. THIERRY et C. SAURET, *op. préc.* ; H. ROUILLEAULT, art. préc. ; Entretien de H. ROUILLEAULT avec T. GRUMBACH, L. JOLY, A. LYON-CAEN et T. SACHS, *préc.* ; H.-J. LEGRAND, « Sur un nouvel objet juridique non identifié la « GPEC » », *Dr. soc.* 2006, p. 330 ; P. VIVIEN, « Quelques réflexions sur la mise en œuvre de la GPEC », *Dr. soc.* 2007, p. 1093.

² H. ROUILLEAULT, art. et rapp. *préc.*

³ V. F. FAVENNEC-HERY, art. *préc.* ; H. ROUILLEAULT, rapp. et art. *préc.* ; J.-F. RIO, « Le bilan des accords de la GPEC, cinq ans après la loi de cohésion sociale », *SSL* 2010, n° 1429, p. 5 ; Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, « Bilan des accords de GPEC 2005-2006 », *JCP S* 2007, act. 238.

Il est de ce point de vue regrettable que le législateur n'impose pas aux entreprises et groupes de trois cents salariés au moins de conclure (à tout le moins d'être couverts par un dispositif) un accord de GPEC dont il définirait un contenu minimum, « sous la menace » d'une pénalité, comme il le prévoit en matière d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes¹. En effet, dans la mesure où la gestion prospective des ressources humaines est indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise et au maintien de l'employabilité des salariés, on peut regretter que le législateur ne soit pas plus ferme sur cette obligation de négocier et sur le contenu minimal d'un accord de GPEC. Bien souvent, certains accords se contentent de mettre en place des plans de départs volontaires assortis d'indemnités relativement conséquentes et dans le meilleur des cas de mesures de formation, alors même que, selon nous, là n'est pas l'objet de la GPEC. À notre sens, un dispositif efficace de GPEC implique que soient prévus dans l'accord un référentiel des métiers, afin que les salariés puissent connaître les besoins de l'entreprise ou du groupe, un plan de formation efficace et une politique de mobilité ambitieuse. Pour être opérantes ces différentes mesures nécessitent un relai « sur le terrain » par les directions des ressources humaines et les managers pour que soit assurée l'indispensable articulation entre le « volet collectif » et le « volet individuel » de l'accord².

138. Référentiel des métiers. Dans la mesure où une GPEC efficace s'inscrit dans la durée et dans une logique d'anticipation permanente, il est pertinent que soit instauré un observatoire ou un référentiel des métiers³, voire un diagnostic régulier effectué de manière concertée afin d'analyser continuellement la situation de l'emploi et des compétences⁴. Ces dispositifs assurant l'identification des métiers menacés et des qualifications et compétences à développer sont particulièrement précieux pour définir les outils idoines à la mise en adéquation des besoins et des ressources humaines de l'entreprise. À cet égard, il est essentiel de mettre en place au niveau du groupe ou de l'entreprise une base de données relative aux

¹ Art. L. 2242-5-1, C. trav.

² H. ROUILLEAULT, art. et rapp. préc.

³ A l'instar des accords conclus dans les groupes ArcelorMittal (Accord du groupe ArcelorMittal du 25 sept. 2007 sur la GPEC, LSQ 14 nov. 2007, n° 14993, p. 1), EADS (Accord sur la GPEC au sein du groupe EADS en France conclu entre la direction du groupe et la CFDT, la CFE-CGC, la CFTC et FO le 9 novembre 2007, non publié), IBM France (Accord GPEC du groupe IBM France du 3 fév. 2009, LSQ du 19 juin 2009, n° 131/2009, LSQ n° 15386, p. 1) ; Thalès (Accord du groupe Thalès du 23 novembre 2006 sur la GPEC, LSQ 30 nov. 2006, n° 14758, p. 1) ; sur le contenu des accords de groupe relatifs à la GPEC, V. M. GADRAT, « Le contenu des accords de groupe », Dr. soc. 2010, p. 651.

⁴ A l'instar des accords du groupe Alstom (accord du 19 janvier 2006 sur la gestion des emplois et des âges, LSQ 17 fév. 2006, n° 14568, p. 1) ou de l'accord Rhodia (Accord cadre portant sur les mesures et modalités de la gestion anticipée des métiers, des emplois et des compétences conclu entre la direction du groupe Rhodia et la CGT et la CFDT le 14 mars 2007, non publié).

évolutions prévisibles des besoins des différentes filiales ou de l'entreprise consultable en permanence par les salariés. Une telle base leur permet de connaître l'évolution de leur métier et des compétences et qualifications qu'il leur faut acquérir ou développer¹. Il est en effet capital que les salariés puissent prendre les initiatives favorables à la sécurisation de leur parcours professionnel et saisir les occasions d'évolution professionnelle dans l'entreprise.

139. Formation professionnelle. L'instrument privilégié et indispensable d'une GPEC efficace est la formation, outil essentiel au développement de l'employabilité des salariés, gage de la sécurisation des parcours professionnels. Il est de ce fait particulièrement pertinent que l'article L. 2242-15 du Code du travail impose aux partenaires sociaux de négocier sur « *les grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle dans l'entreprise et les objectifs du plan de formation, en particulier les catégories de salariés et d'emplois auxquels ce dernier est consacré en priorité et les compétences et qualifications à acquérir pour les trois années de validité de l'accord* »². Ainsi, lors de la négociation, les organisations syndicales peuvent bénéficier d'une vision globale pour les trois ans à venir des orientations stratégiques³ et de la politique de formation de l'entreprise, ce qui devrait contribuer à renforcer leur *savoir* « pour prévoir, afin de pouvoir »⁴ proposer des dispositifs de GPEC efficaces⁵.

En outre, afin d'harmoniser gestion prospective des ressources humaines et politique de formation dans l'entreprise, la loi impose que les orientations de formation professionnelle présentées annuellement au comité d'entreprise soient mises en cohérence avec celles arrêtées par l'accord de GPEC⁶. Les partenaires sociaux sont donc appelés à définir dans le cadre de la négociation triennale obligatoire les orientations de la politique de formation et les objectifs

¹ A l'instar du dispositif mis en place dans le groupe Thalès, accord Thalès préc.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ Sur laquelle est notamment fondée l'ouverture de la négociation, art. L. 2242-15, C. trav.

⁴ A. COMTE, *op. préc.*

⁵ En ce sens, R. VATINET, art. préc.

⁶ La loi de sécurisation de l'emploi (Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.) a à ce titre modifié les dispositions des articles L. 2323-33. et L. 2323-35 du Code du travail. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 2323-33 du Code du travail a ainsi été complété comme suit « Chaque année, le comité d'entreprise est consulté sur les orientations de la formation professionnelle dans l'entreprise en fonction des perspectives économiques et de l'évolution de l'emploi, des investissements et des technologies dans l'entreprise. **Ces orientations sont établies en cohérence avec le contenu de l'accord issu, le cas échéant de la négociation mentionnée à l'article L. 2242-15, notamment avec les grandes orientations sur trois ans de la formation professionnelles dans l'entreprise qu'il a arrêtées** » ; quant à l'article L. 2323-35, il a été modifié et dispose désormais que « Le projet de plan de formation tient compte des orientations de la formation professionnelle dans l'entreprise dont le comité d'entreprise a eu à délibérer, **des grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle dans l'entreprise arrêtées le cas échéant par l'accord issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-15**, du résultat des négociations prévues à l'article L. 2241-6 ainsi que, le cas échéant, du plan pour l'égalité professionnelle prévu à l'article L. 1143-1 ».

du plan de formation pour les trois années de validité de l'accord. Ce « couplage » doit être approuvé en ce qu'une GPEC efficace implique une politique de formation professionnelle ambitieuse permettant l'acquisition et le développement des qualifications et compétences nécessaires à la mise en œuvre de la stratégie de l'entreprise. Il est essentiel que les partenaires sociaux déterminent les actions de formation indispensables pour assurer l'adéquation entre les ressources actuelles de l'entreprise et ses besoins futurs en termes de qualifications et de compétences. L'accord peut prévoir des actions de formation pour assurer l'adaptation de certains salariés à leur poste de travail ou à l'évolution des emplois du fait des mutations technologiques. Il peut aussi instaurer des mesures permettant l'acquisition des qualifications indispensables à leur maintien dans l'emploi au vu des besoins futurs de l'entreprise. Il peut également comporter des mesures favorisant une réorientation, voire une reconversion professionnelle offrant aux salariés de nouvelles perspectives de carrière. Les différents dispositifs prévus par le Code du travail peuvent ainsi être mobilisés à bon escient, qu'il s'agisse du congé individuel de formation¹, du bilan de compétences², des actions de validation des acquis de l'expérience³, etc. Devraient être ciblés en premier lieu les salariés dont la situation est fragilisée par la menace qui pèse sur leur emploi du fait des évolutions économiques ou technologiques ou de leur inadéquation avec l'organisation future de l'entreprise. Les partenaires sociaux doivent donc s'attacher à mettre en place des actions tendant à « mieux former les moins formés, car les plus vulnérables »⁴. Prévenir l'obsolescence des qualifications des salariés est indispensable pour préserver leur chance de conserver un emploi dans l'entreprise, ou de retrouver rapidement une activité professionnelle en cas de licenciement.

140. De ce point de vue, il est fondamental que l'accord prévoie un véritable relai entre les actions collectives qu'il définit dans le cadre du plan de formation et leur mise en œuvre individuelle. Ceci implique que les salariés aient accès non seulement aux informations relatives à l'évolution prévisible des emplois, métiers et compétences dans l'entreprise pour connaître les qualifications et compétences qu'ils doivent acquérir ou développer, mais aussi qu'ils disposent des renseignements relatifs aux moyens instaurés pour ce faire, afin de pouvoir rester intégrés dans le projet de l'entreprise et de conserver un emploi. L'efficacité

¹ Art. L. 6322-1 et s., C. trav

² Art. L. 6322-42 et s., C. trav.

³ Art. L. 6411-1 et s., C. trav.

⁴ Jean-Emmanuel RAY affirme ainsi que « les ouvriers représentent chaque année environ 45 % des salariés licenciés pour motif économique », J.-E. RAY, art. préc.

des mesures conventionnelles de GPEC suppose une réelle implication de la direction des ressources humaines et plus encore des managers dans la mise en œuvre de l'accord. Il peut à cet égard être pertinent que l'accord prévoie une obligation annuelle d'entretien individuel. Dans ce cadre, le salarié serait informé de l'avenir de son poste, des compétences et qualifications nécessaires pour assurer son maintien dans l'emploi et des actions de formation dont il peut bénéficier pour les acquérir. Cet entretien serait également l'occasion de prévoir la réalisation effective d'un bilan de compétences, d'actions de validation des acquis de l'expérience, de formation, etc. Il permettrait ainsi au salarié de saisir les occasions d'évolution professionnelle qui s'offrent à lui et d'être un véritable acteur de la construction de sa carrière. Bénéficier de ces renseignements devrait être de nature favoriser la mobilité des salariés, mobilité qui doit être au cœur des dispositifs de GPEC instaurés par les partenaires sociaux.

141. Mobilité. La mobilité tant professionnelle que géographique constitue, avec la formation professionnelle qui doit l'accompagner, l'outil privilégié d'une gestion prospective des ressources humaines efficiente¹. À ce titre, l'article L. 2242-15, 1°, du Code du travail impose aux partenaires sociaux qui négocient la mise en place d'un dispositif de GPEC d'envisager des mesures d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés autres que celles prévues dans le cadre d'un éventuel accord de mobilité interne.

La mobilité est ainsi le « maître mot de la gestion du personnel »² dont elle sous-tend les principaux concepts actuels tels que la notion de « parcours professionnel », qui suppose le passage des salariés à des postes différents, ou encore celle « d'employabilité » impliquant l'acquisition des qualifications et connaissances nécessaires pour faire face à l'évolution des emplois. La mobilité a « le vent en poupe », comme en témoignent les stipulations de l'ANI du 11 janvier 2013 reprises par la loi de sécurisation de l'emploi³ relatives à la mobilité volontaire sécurisée⁴ ou aux accords de mobilité interne⁵ ; elle est l'objet d'une connotation positive⁶ par rapport aux valeurs d'adaptabilité au changement et de dynamisme chères aux entreprises. Toutefois, la mobilité se heurte à des résistances juridiques et humaines. À ce

¹ En ce sens V. not., F. FAVENNEC-HERY, « La GPEC : l'environnement juridique », Dr. soc. 2007, p. 1068 ; P. LECOHU, « Mobilité et accords sur la GPEC », Gaz. Pal., 2007, n° 275, p. 7 ; P. LOKIEC, « Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique », Dr. soc. 2008, p. 1238.

² P. LECOHU, art. préc.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ Art. L. 1222-12 et s. C. trav ; ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 7.

⁵ Art. L. 2242-21 et s., C. trav. ; ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 15

⁶ En ce sens, P. LECOHU, art. préc.

titre, l'instauration des accords de mobilité interne vise à réduire les résistances juridiques en remettant en cause l'articulation traditionnelle entre accord collectif et contrat de travail, et les résistances psychologiques en imposant la prévision de mesures tendant à assurer la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle et familiale du salarié.

142. La mobilité professionnelle ou géographique peut induire une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser¹ y compris lorsqu'une telle mesure est prévue par un accord collectif². Or, l'accord des salariés est bien souvent compliqué à obtenir pour des raisons qui tiennent à la crainte du changement. La mobilité professionnelle est ainsi perçue par certains comme un risque professionnel, quand la mobilité géographique est très souvent rejetée par des salariés peu enclins à quitter la région dans laquelle ils sont installés. Les inconvénients sont effectivement dans ce cas souvent nombreux : recherche d'un nouveau logement, d'une école pour les enfants, d'un emploi pour le conjoint « subissant » la mobilité du salarié, construction d'un nouveau réseau amical et social, etc. Si, culturellement les français sont peu mobiles³, la mobilité n'en constitue pas moins un instrument essentiel de la sécurisation de leur parcours professionnel en leur offrant la possibilité de quitter un emploi à l'avenir compromis pour un autre au futur *a priori* stable leur offrant potentiellement des perspectives de carrière.

De ce point de vue, l'encadrement de la mobilité par un accord de GPEC est susceptible d'atténuer les craintes des salariés, la signature de l'accord par les syndicats représentant en quelque sorte le gage d'une certaine prise en compte de leurs intérêts. Ainsi, comme le souligne un auteur, « le seul fait que le principe et les modalités [de la mobilité] aient été définies, suite à des discussions et en accord avec les partenaires sociaux, atténue les réticences des salariés face à la mobilité qui n'est plus perçue uniquement comme une exigence de l'entreprise, mais comme la possibilité pour chaque salarié, selon un processus défini collectivement, d'assurer au mieux sa propre évolution professionnelle »⁴. L'instauration dans un accord de GPEC de dispositifs de mobilité et des moyens d'accompagnement indispensables à leur mise en œuvre se présente donc comme un outil efficace pour préserver l'emploi en cas de restructuration future.

¹ Art. 1134, C. civ.

² Cass. soc., 25 fév. 1998, Bull. civ. V, n° 104 ; D. 1999. 105, obs. Y. Serra ; Cass. soc., 25 fév. 2003, Bull. civ. V, n° 64.

³ J.-E. RAY, art. préc.

⁴ P. LE COHU, art. préc.

Il est ainsi pertinent qu'à l'instar de certains accords de groupe sur la GPEC, soit prévue l'obligation pour les différentes filiales ou établissements de diffuser auprès des salariés du groupe ou de l'entreprise une information relative aux postes à pourvoir et aux futurs recrutements avant de procéder à toute embauche extérieure¹. La mobilité au sein de l'entreprise ou du groupe se trouve ainsi facilitée puisque les offres d'emplois et les postes à pourvoir sont centralisés² pour être portés à la connaissance de l'ensemble des salariés³. Outre la nécessaire diffusion de l'information relative aux besoins de l'entreprise ou du groupe, il est capital que les partenaires sociaux prévoient des mesures d'accompagnement afin de favoriser la mobilité. Il peut s'agir d'actions de formation, ou encore d'aides à la mobilité géographique telles des aides financières au déménagement, des mesures d'assistance à la recherche d'emploi pour le conjoint « subissant » la mobilité géographique du salarié, d'aide à la recherche d'un nouveau logement, etc.

D'une part, une GPEC efficace suppose donc que l'accord prévoie des mesures collectives telles que la diffusion auprès de l'ensemble des salariés des besoins de l'entreprise en termes d'emplois, de métiers, de qualifications et de compétences, l'élaboration conjointe d'un plan de formation en adéquation avec ces besoins, la définition d'une politique de recrutement induisant une réflexion sur la diminution du recours aux contrats précaires⁴, l'organisation de mesures de mobilité, la mise en place de dispositifs de fin de carrière et de transmission des savoirs et des expériences par la mise en place de dispositifs de tutorat, etc. D'autre part, il est essentiel que les partenaires sociaux prévoient l'articulation de ce volet collectif avec le suivi individuel des salariés en instituant des entretiens réguliers avec la direction des ressources humaines.

Dans le souci de rendre la négociation relative à la GPEC et à la prévention des conséquences des mutations économiques plus efficace, la loi de sécurisation de l'emploi a élargi les thèmes de négociation relatifs aux dispositifs susceptibles d'être mobilisés au sein de l'entreprise ou du groupe. Elle a également instauré de nouveaux thèmes de négociation afin d'assurer à la GPEC des prolongements hors de l'entreprise.

¹ Accords Saint-Gobain, Alstom, Sperian et IBM France préc., création d'une bourse de l'emploi chez Rhodia, accord préc.

² Le plus souvent sur une base de données numérique accessible par l'intranet de l'entreprise.

³ A l'instar par exemple de l'accord Thalès préc.

⁴ Thème de négociation obligatoire au titre de l'article L. 2242-15, 3°, du Code du travail.

B - Les prolongements de la GPEC hors de l'entreprise.

Parce que l'entreprise est partie d'un système économique local, les orientations stratégiques décidées par sa direction peuvent avoir à terme des répercussions sur l'emploi, les métiers et les compétences de ses principaux partenaires mais également sur le bassin d'emploi dans lequel elle est implantée. À ce titre, la loi du 14 juin 2013¹ invite les partenaires sociaux à négocier sur les éventuels prolongements de l'accord de GPEC en direction de ses sous-traitants (1) et sur sa participation éventuelle aux actions de GPEC définies au niveau territorial (2).

1 - Les prolongements de la GPEC de l'entreprise donneuse d'ordre en direction de ses sous-traitants.

Lorsqu'une entreprise décide de changer de stratégie, qu'il s'agisse de réorienter son activité, de développer de nouveaux produits ou d'adopter un nouveau positionnement sur le marché vis-à-vis de ses concurrents, cela peut avoir des conséquences sur l'activité et partant sur l'emploi de ses sous-traitants. L'employeur a une responsabilité sociale à l'égard de ses salariés. Elle se traduit notamment par le fait qu'il est tenu d'assurer leur adaptation aux évolutions des emplois² et que, s'il est libre de licencier, il ne peut échapper à la responsabilité qui en découle et se désintéresser du sort de ses salariés. Il se trouve ainsi tenu de mettre en œuvre des mesures sociales d'accompagnement pour leur permettre de retrouver dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle³. Mais il existe également une responsabilité « sociétale » des entreprises. En effet, une entreprise fait partie intégrante d'un tissu économique et social. Elle noue des liens commerciaux avec des sous-traitants, des fournisseurs, dont l'activité et la survie économique peuvent parfois dépendre en grande partie des commandes de l'entreprise donneuse d'ordre. Or les changements d'orientations stratégiques arrêtés par la direction de l'entreprise, à l'instar de certaines décisions de restructuration impliquant un licenciement collectif de grande ampleur⁴, ont inmanquablement des répercussions sur ses principaux partenaires. C'est pourquoi, la loi de

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² Art. L. 6321-1, C. trav.

³ Sur les mesures sociales d'accompagnement des salariés menacés de licenciement pour motif économique.

⁴ À ce titre, il existe dans certaines circonstances l'obligation de participer à la revitalisation des bassins d'emplois.

sécurisation de l'emploi a instauré une obligation de négocier sur les conditions d'information des sous-traitants sur les orientations stratégiques de l'entreprise (a). À titre facultatif, les partenaires sociaux sont également invités à envisager les modalités d'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de GPEC de l'entreprise donneuse d'ordre (b).

a – L'obligation de négocier sur les conditions d'information des sous-traitants sur les orientations stratégiques de l'entreprise.

143. Au titre des nouveaux thèmes de négociation obligatoire ajoutés par la loi de sécurisation de l'emploi figurent désormais à l'article L. 2242-15, 5°, du Code du travail « *les conditions dans lesquelles les entreprises sous-traitantes sont informées des orientations stratégiques de l'entreprise ayant un effet sur leurs métiers, l'emploi et les compétences* ». On a pu écrire à propos de ce texte qu'« une obligation d'information des sous-traitants semble résulter en toute hypothèse de ces dispositions même si les « conditions » n'en sont pas précisées »¹. Cette interprétation nous semble excessive. L'article L. 2242-15, 5°, du Code du travail institue seulement une obligation d'engager des négociations (qui peuvent n'aboutir à aucun accord) sur les conditions d'une telle information qui n'est par ailleurs nullement prévue par la loi. Ce texte ne saurait dès lors à notre sens imposer, de façon implicite, le principe même d'une information obligatoire des sous-traitants sur les orientations stratégiques de l'entreprise donneuse d'ordre. On peut d'ailleurs regretter qu'une telle obligation d'information ne soit pas prévue tant les répercussions des orientations stratégiques de l'entreprise donneuse d'ordre sur l'activité, et partant sur l'emploi, des entreprises sous-traitantes peuvent être importantes². Pas plus que les anciennes dispositions de l'article L. 2242-15 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi de cohésion sociale³ n'imposaient de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise⁴, l'article L. 2242-15, 5°, du Code du travail ne crée d'obligation d'informer les sous-traitants des

¹ R. VATINET, art. préc.

² Si par exemple un constructeur automobile décide à terme de fabriquer essentiellement des véhicules automatiques, cette option stratégique aura inmanquablement des répercussions sur l'activité du sous-traitant lui fournissant les boîtes de vitesse, ainsi que sur celui qui s'occupait de la fabrication des kits d'embrayage. Il semble ainsi essentiel que ces sous-traitants soient informés de la réorientation de l'activité de l'entreprise donneuse d'ordre résultant des options stratégiques retenues par sa direction. En effet, cela leur permettrait de pouvoir anticiper les répercussions du changement de stratégie de l'entreprise donneuse d'ordre sur leur activité et partant sur leurs besoins futurs en termes de métiers et de qualifications et ainsi de mettre en œuvre un dispositif de GPEC adapté pour pouvoir préserver l'emploi.

³ Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, préc.

⁴ Ce texte se bornant à imposer l'ouverture de négociations sur les modalités d'une telle consultation nullement prévue par la loi à l'époque.

orientations stratégiques susceptibles d'avoir des conséquences à court ou moyen terme sur leurs métiers emplois et compétences. Il appartient seulement aux partenaires sociaux lors de la négociation triennale de négocier sur les conditions de cette éventuelle information.

144. Les parties doivent au préalable « sélectionner », parmi les sous-traitants, les éventuels destinataires d'une information relative aux orientations stratégiques de l'entreprise. En effet, seuls les sous-traitants dont l'emploi, les métiers et les compétences sont susceptibles d'être affectés par ces orientations stratégiques devraient bénéficier d'informations à ce propos. Les partenaires sociaux lors de la négociation triennale doivent donc identifier les sous-traitants dont l'activité et partant l'emploi et les compétences subiront potentiellement les effets de la stratégie arrêtée par la direction de l'entreprise. Une fois les destinataires de l'information sélectionnés, il appartient aux négociateurs de déterminer le contenu de l'information délivrée aux entreprises sous-traitantes concernées. En effet, il ne s'agit pas de leur dévoiler la stratégie de l'entreprise dans son ensemble mais seulement les orientations stratégiques susceptibles d'avoir un impact sur leurs emplois et compétences pour leur permettre d'anticiper ces répercussions.

Le principe de cette obligation de négocier sur les conditions d'information des sous-traitants sur les orientations stratégiques de l'entreprise susceptibles d'avoir des conséquences sur leurs emplois, métiers et compétences, est séduisant. Cela peut ainsi contribuer à la préservation de l'emploi chez les sous-traitants en leur permettant de mettre en œuvre une politique de GPEC anticipant les répercussions de la stratégie de leur donneur d'ordre sur l'emploi. Toutefois, il est permis de douter de la portée effective de cette obligation en pratique. En effet, eu égard à la frilosité des directions d'entreprise lorsqu'il s'agit de divulguer leur stratégie ne serait-ce qu'après des organisations syndicales ou des représentants du personnel, il est à craindre que leur réticence à en informer leurs sous-traitants soit au moins aussi importante... Si tant est que l'obligation de négocier sur les conditions de l'information des sous-traitants relative aux orientations stratégiques débouche sur un engagement de l'entreprise dans l'accord de GPEC, il est à craindre que le contenu de cette information soit relativement laconique tant les dirigeants des entreprises sont, logiquement, attachés à la confidentialité en la matière. De plus, le fait que certains dirigeants d'entreprises intégrées dans des groupes ou financiarisées ne maîtrisent pas réellement la

stratégie de leur entreprise¹ constitue un obstacle supplémentaire à l'éventualité d'une information efficace des sous-traitants.

À l'inverse, si l'entreprise donneuse d'ordre, soumise à l'obligation triennale de négocier, appartient à la même UES ou au même groupe que les sociétés sous-traitantes, l'existence de l'UES et/ou du groupe pourrait être de nature à favoriser le partage de l'information. Cette information partagée permettrait alors véritablement aux sous-traitants d'anticiper les éventuelles répercussions sur leur activité et sur l'emploi, et d'adopter à leur tour une politique de gestion prospective de leurs ressources humaines adaptée. De ce point de vue, la conclusion de l'accord de GPEC au niveau du groupe présente un intérêt supplémentaire en organisant le partage de l'information stratégique entre filiales économiquement dépendantes.

En tout état de cause, les partenaires sociaux sont tenus de négocier sur les conditions de cette information en déterminant les entreprises sous-traitantes qui en seront destinataires, le contenu des renseignements qui leurs seront divulgués et les obligations qui s'imposeront aux sous-traitants en termes de confidentialité. Si la prévision par la loi de sécurisation de l'emploi de l'obligation de négocier sur ce nouveau thème est intéressante, il semble probable qu'en pratique peu d'accords de GPEC mettent en place une telle information, à l'exception peut-être d'accords de groupe. Au-delà de l'obligation de négocier sur les conditions d'information des sous-traitants sur les orientations stratégiques de l'entreprises susceptibles à terme d'affecter l'emploi, les partenaires sociaux sont invités à négocier, s'ils le souhaitent, sur l'association des sous-traitants aux dispositifs de GPEC prévus par l'accord conclu dans l'entreprise donneuse d'ordre.

b - La négociation facultative sur l'association des sous-traitants au dispositif de GPEC.

145. L'article L. 2242-16, 3°, du Code du travail instaure un nouvel objet facultatif de négociation : les partenaires sociaux peuvent ainsi envisager conjointement « *les modalités de l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de GPEC de l'entreprise* ». Dans la mesure où la stratégie de l'entreprise donneuse d'ordre peut à terme affecter les emplois et compétences nécessaires chez ses sous-traitants, il peut être pertinent que leurs salariés

¹ Décidée en pratique au niveau du groupe, en ce sens, V. not. S. NIEL, art. préc. ; A. DE RAVARAN, art. préc.

bénéficient des dispositifs de GPEC mis en place chez le donneur d'ordre. Il est intéressant de souligner qu'est envisagée l'association des sous-traitants « *au dispositif de GPEC* » et non à la *conception* de ce dispositif. Pour autant, rien ne semble interdire, dès lors que toutes les parties l'acceptent, que les sous-traitants (direction des entreprises et organisations syndicales) soient invités à la table des négociations de l'accord de GPEC du donneur d'ordre. Pourrait ainsi s'engager une réflexion conjointe sur les différents moyens à mettre en place pour assurer l'adéquation des ressources actuelles de chacune des entreprises à leurs futurs besoins en termes d'emplois et de compétences au regard des orientations stratégiques du donneur d'ordre et des mutations technologiques et économiques prévisibles. Une mutualisation des moyens pourrait également être envisagée, ce qui pourrait contribuer à la réduction des coûts des diverses mesures prévues par l'accord. Il faudrait pour cela que les sous-traitants soient pleinement informés des orientations stratégiques de l'entreprise donneuse d'ordre, ce qui pourrait constituer un obstacle non négligeable au déroulement d'une telle négociation conjointe. Il faudrait par ailleurs, une fois l'accord conclu au sein de la société donneuse d'ordre, que celui-ci soit relayé par un accord parallèle conclu dans chaque entreprise sous-traitante afin que leurs salariés puissent en bénéficier¹.

146. Il est également envisageable que les partenaires sociaux de l'entreprise donneuse d'ordre prévoient dans l'accord de GPEC l'ouverture de certains des dispositifs au bénéfice des salariés des entreprises sous-traitantes. Le contrat de sous-traitance pourrait ainsi comporter une stipulation pour autrui au bénéfice des salariés de l'entreprise sous-traitante qui s'engagerait pour sa part notamment à mettre en œuvre des actions de formation en cohérence avec les orientations et objectifs du plan de formation négocié dans l'entreprise donneuse d'ordre. Le contrat de sous-traitance pourrait ainsi stipuler que l'entreprise donneuse d'ordre s'engage à faire bénéficier les salariés du sous-traitant de certains des moyens mis en place au titre de son dispositif de GPEC. L'entreprise sous-traitante s'obligerait quant à elle à respecter un certain nombre d'engagements en termes de GPEC².

L'idée d'associer les sous-traitants aux dispositifs de GPEC de l'entreprise donneuse d'ordre est séduisante. Elle permettrait d'anticiper d'éventuels écarts entre les ressources et les besoins futurs en termes d'emplois et de compétences au niveau d'un « réseau d'entreprises », préservant ainsi à terme l'employabilité, et partant l'emploi, d'une collectivité

¹ R. VATINET, art. préc.

² R. VATINET, art. préc.

plus large de salariés face aux éventuelles restructurations induites par des mutations économiques et technologiques prévisibles. Il n'en reste pas moins qu'en pratique la mise en œuvre de cette association sera sans doute complexe, le caractère facultatif de la négociation relative à l'association des sous-traitants au dispositif de GPEC instauré dans l'entreprise donneuse d'ordre ne contribuant guère à assurer l'effectivité de cette association.

En revanche, l'association des sous-traitants aux dispositifs de gestion prévisionnelle de l'entreprise donneuse d'ordre pourrait trouver à s'épanouir dans les groupes où les UES dans lesquels certaines sociétés sont placées sous la dépendance économique d'une autre qui se trouve être leur donneur d'ordre exclusif. De ce point de vue, la conclusion d'un accord de GPEC au niveau du groupe permettrait effectivement que les dispositifs mis en œuvre à ce niveau (référentiel des métiers, actions de formation, mesures de mobilité, etc.) couvrent l'ensemble des entreprises entrant dans le périmètre de l'accord. Les salariés des sous-traitants bénéficieront alors des mêmes mesures de GPEC que ceux de l'entreprise donneuse d'ordre puisqu'elles seront définies au niveau du groupe.

Outre l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de GPEC instauré dans l'entreprise, les partenaires sociaux peuvent négocier, s'ils le souhaitent, sur les modalités de participation de l'entreprise aux actions de gestion prévisionnelle des emplois mises en œuvre au niveau territorial.

b – La faculté de négocier sur l'éventuelle participation de l'entreprise aux actions territoriales de GPEC.

147. L'article L. 2242-16, 4°, du Code du travail invite les partenaires sociaux à négocier à titre facultatif sur « *les conditions dans lesquelles l'entreprise participe aux actions de GPEC mises en œuvre à l'échelle des territoires où elle est implantée.* ». On assiste en effet depuis plusieurs années à l'essor de la GPEC territoriale, ainsi que l'avait préconisé Henri ROUILLEAULT dans le cadre de son rapport sur l'obligation triennale de négocier¹. Il insistait en effet sur la nécessité « *d'aider au développement de la GPEC territoriale par le croisement des initiatives existantes des comités de bassin d'emploi et maisons de l'emploi, associant entreprises, élus locaux, et partenaires sociaux représentants des employeurs et des*

¹ H. ROUILLEAULT, rapp. préc. ; pour une critique du rapport, V. A. FABRE, « Critiques de quelques propositions du rapport Rouilleault », RDT 2007, p. 725.

salariés »¹. Selon le rapport présenté à l'Assemblée nationale, inviter les partenaires sociaux à négocier sur la participation de l'entreprise aux actions locales de gestion prospective de l'emploi devrait « contribuer au développement des bonnes pratiques en cours aujourd'hui en matière de GPEC territoriale. Il existe par exemple des pôles de mobilité régionale, financés par les entreprises adhérentes qui proposent l'accompagnement des salariés désireux de changer de trajectoire professionnelle sur un même territoire. Ces pôles intègrent dans la GPEC d'entreprise une dimension d'employabilité à l'échelle des bassins d'emploi, au moyen de mises à disposition de compétences entre entreprises, les conditions d'utilisation des pôles devant être définies par l'accord de GPEC de chaque entreprise »².

148. Si, à l'instar de la gestion prospective des ressources humaines dans l'entreprise, la GPEC territoriale a pour objet d'anticiper les risques de creusement d'écarts entre besoins et ressources humaines au niveau du bassin d'emploi, ses objectifs sont tout de même légèrement différents. Elle vise bien sûr à faire un diagnostic des ressources et des besoins au niveau du territoire en termes d'emplois et de compétences mais aussi à mettre en œuvre des actions tendant à assurer la reconversion des secteurs d'activité en perte de vitesse et à définir une politique de développement d'activités porteuses. Son objectif est de relancer la dynamique du bassin d'emploi et d'en renforcer l'attractivité, en anticipant les répercussions des mutations économiques et technologiques sur l'emploi compte tenu des caractéristiques socio-économiques locales. La GPEC territoriale associe ainsi différents acteurs : branches professionnelles, services déconcentrés de l'État, collectivités locales et territoriales, partenaires sociaux, Pôle emploi, Missions locales, Maisons de l'emploi, chambres consulaires, organismes paritaires collecteurs agréés, organismes de formation, structures d'insertion par l'activité économique, comité de bassin d'emploi, pôles de compétitivité, etc. Cette diversité des intervenants potentiels dont les actions sont complémentaires peut ainsi permettre la mise en place au niveau territorial de mesures de nature à répondre aux problèmes spécifiques du bassin d'emploi. Ces dispositifs visent à pallier les difficultés de recrutement dans certains domaines, assurer le développement de nouvelles activités à fort potentiel pour compenser le déclin d'autres secteurs et ce particulièrement dans les bassins d'emploi « mono-activité », ou encore anticiper les conséquences des mutations économiques sur les grandes entreprises du bassin induisant par « effet domino » des répercussions sur

¹ H. ROUILLEAULT, art. préc.

² J.-M. GERMAIN, rapp. AN, préc., p. 269.

l'emploi chez leurs partenaires (fournisseurs, sous-traitants, etc.). La GPEC territoriale peut également permettre la mise en place de politiques de formation tendant à développer l'employabilité des salariés pour assurer l'adéquation entre l'offre et la demande d'emploi au sein du bassin. Il s'agit alors de lutter contre le chômage local en assurant l'essor de la mobilité intersectorielle au sein du même territoire ce qui s'avère particulièrement pertinent quand on connaît les réticences des salariés face à la mobilité géographique¹.

Inciter les partenaires sociaux lors de la négociation triennale à réfléchir aux modalités d'une éventuelle participation de l'entreprise aux actions de GPEC territoriale présente l'intérêt de permettre une éventuelle mise en cohérence des différents dispositifs. Ceci devrait renforcer l'efficacité de la protection de l'emploi face aux restructurations induites par les mutations économiques et technologiques prévisibles. Cet objet facultatif de négociation mis en lien avec l'incitation à négocier sur l'éventuelle association des sous-traitants aux mesures de GPEC instaurées dans l'entreprise donneuse d'ordre pourrait permettre une harmonisation des diverses politiques menées au niveau territorial et d'en consolider ainsi l'efficacité. Si l'objectif affiché est ambitieux, il convient toutefois de voir quelle sera sa traduction concrète dans les futurs accords. Le risque que la volonté du législateur d'assurer des prolongements à la GPEC en dehors de l'entreprise ne reste qu'un vœu pieu ne peut malheureusement pas être totalement écarté.

La loi de sécurisation de l'emploi² cherche à rendre la gestion prospective des ressources humaines plus efficace en fondant la négociation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, en insistant sur la nécessaire mise en cohérence des dispositifs de GPEC et du plan de formation, ou encore en essayant d'assurer des prolongements à la gestion prévisionnelle hors de l'entreprise. Certes l'instauration d'une obligation de négocier sur la mise en place d'un dispositif de GPEC et des mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées (formation, aide à la mobilité, etc.) peut, dans le meilleur des cas, permettre de réduire l'impact sur l'emploi d'un futur projet de restructuration.

Cependant, on ne saurait attendre davantage de l'instauration négociée d'un dispositif de GPEC. Celle-ci ne constitue en rien un obstacle à la mise en œuvre d'une restructuration par la direction de l'entreprise, décision sur laquelle le droit n'a aucune emprise. Elle ne peut

¹ Sur les dispositifs de GPEC territoriale, V. EFIGIP, « La GPEC territoriale – Démarche et enjeux », mars 2011 ; « GPEC de territoire – Expériences et bonnes pratiques des comités de bassins d'emploi », Guide pratique édité en mai 2009 par le Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ; « GPEC territoriale – Guide d'action », édité en mai 2010 par le Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

pas davantage empêcher la survenance de licenciements pour motif économique, licenciements dont le prononcé est seulement réglementé par le droit du travail, mais aucunement prohibé, sauf circonstances particulières¹. Plusieurs raisons permettent de s'interroger sur la réelle efficacité de cette obligation légale en termes de protection des salariés contre les conséquences potentiellement néfastes des restructurations sur l'emploi.

§ 3 - Une protection effective de l'emploi face aux restructurations à venir ?

149. Absence de sanction réellement comminatoire à l'obligation de négocier. Non seulement le Code du travail ne prévoit qu'une simple obligation d'ouvrir des négociations et non une obligation de conclure un accord², mais cette obligation de négocier n'est de surcroît assortie d'aucune sanction réellement comminatoire. L'encadrement légal relativement lacunaire de l'obligation de négocier sur la GPEC, comme de sa mise en œuvre, contribue à en amoindrir l'efficacité. Au regard de l'objectif de préservation des emplois face aux restructurations, ceci est bien regrettable. Certes, à défaut d'initiative patronale, les organisations syndicales peuvent solliciter l'ouverture de cette négociation. Si l'employeur s'y refuse, les organisations syndicales devraient pouvoir saisir en référé le Président du Tribunal de grande instance sur le fondement des articles 808 et 809 du Code de procédure civile pour faire cesser le trouble manifestement illicite que constitue ce refus et voir ordonner, éventuellement sous astreinte, l'ouverture de la négociation prévue à l'article L. 2242-15 du Code du travail.

De même, la responsabilité de l'employeur qui manque à l'obligation d'ouvrir une négociation triennale sur la gestion prospective des ressources humaines peut être engagée. Cependant, les obligations de faire se résolvant en dommages et intérêts en cas d'inexécution par leur débiteur³, les salariés pourront seulement obtenir une indemnisation du préjudice subi du fait de cette inexécution ce qui ne contribue en rien à préserver l'emploi en cas de

¹ Qu'il s'agisse du prononcé de licenciements pour motif économique liés à l'existence d'un transfert d'entreprise justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, ou du prononcé d'une telle rupture par une entreprise de cinquante salariés au moins dans le cadre d'un projet de grand licenciement collectif qui n'aurait pas été validé ou homologué au préalable par l'Administration du travail.

² A la différence de certaines négociations obligatoires qui donnent lieu à des pénalités si l'entreprise n'est pas couverte par un accord. C'est par exemple le cas de l'article L. 2242-5-1 du Code du travail en matière d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

³ Art. 1142, C; civ.

restructuration. Il convient par ailleurs d'indiquer qu'à l'inverse des prévisions du Code du travail en matière de négociation annuelle obligatoire¹, l'employeur qui se soustrait à l'obligation triennale de négocier sur la mise en place d'un dispositif de GPEC n'encourt aucune sanction pénale². De plus, la mise en œuvre d'une procédure de licenciement collectif n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de négocier sur la GPEC³. Le manquement de l'employeur à son obligation d'engager une négociation sur la GPEC, ne paralyse donc pas son pouvoir de prononcer des licenciements pour motif économique.

150. Une efficacité tributaire du contexte économique et social. L'efficacité de la négociation sur la GPEC et de l'accord collectif qui en résulterait implique la conjonction de nombreux facteurs qui, en pratique, est assez rare. L'une des conditions primordiales est l'existence d'un dialogue social de qualité, basé sur la confiance, impliquant un réel partage entre direction et syndicats des informations sur les mutations de l'environnement économique et concurrentiel de l'entreprise, sur sa stratégie et sur leurs conséquences sur l'emploi. Si les entreprises sont désormais tenues de fonder la négociation triennale sur leurs orientations stratégiques⁴, ce qui constitue un progrès incontestable, il n'en reste pas moins que les dirigeants d'entreprise sont peu enclins à communiquer sur la stratégie et qu'instaurer un dialogue social basé sur la confiance et la transparence implique un changement de mentalités qu'aucune obligation légale ne pourra à elle seule provoquer. Non seulement, il est essentiel que les directions d'entreprise assument la responsabilité sociale qui est la leur, mais il est également capital que les organisations syndicales prennent une part active dans la gestion prospective des ressources humaines, ce que certaines rechignent à faire de crainte d'être perçues par leur base comme ayant « collaboré » à la préparation des restructurations destructrices d'emploi.

¹ Art. L. 2243-1 et L. 2243-2, C. trav.

² Cass. crim., 7 déc. 2010, Bull. crim. n° 198 ; A. STOCKI, « Les sanctions pénales de la négociation collective sur la GPEC », JCP S 2011, 1226 ; sur les sanctions relatives à la GPEC V. C. NEAU-LEDUC, « Les sanctions de la GPEC », Dr. soc. 2007, p. 1081 ; B. GAURIAU, « Les accords GPEC : régime juridique et sanctions », Gaz. Pal. 2007, n° 224, p. 24.

³ Cass. soc., 30 sept. 2009, Bull. civ. V, n° 217 ; F. GEA, « GPEC vs. PSE : fin de partie », RDT 2009, p. 715. La Cour de cassation a mis fin aux divergences existant entre divers juges du fond certains estimant que la négociation relative à la GPEC était un préalable à la possibilité pour l'employeur d'entamer une procédure de licenciement collectif, quand d'autres jugeaient l'inverse (pour un rappel des diverses positions adoptées par les juges du fond, V. not. F. FAVENNEC-HERY, art. préc. ; F. CHAMPEAUX, « Articulation GPEC/plan de sauvegarde de l'emploi : où en est-on ? », SSL 2006, n° 1277, p. 8.

⁴ Art. L. 2242-15, C. trav.

Outre le nécessaire partage de l'information stratégique indispensable à la mise en œuvre concertée de dispositifs de GPEC efficaces, il est indispensable que l'accord contienne de réels engagements de la part de l'entreprise ou du groupe et non de simples déclarations d'intention à la portée juridique incertaine. Il semble à ce titre essentiel que l'accord instaure un observatoire des métiers, emplois et compétences, régulièrement actualisé et consultable en permanence par l'ensemble des salariés, mais également qu'il mette en place une réelle politique de formation professionnelle tendant à assurer l'adéquation entre les ressources et les besoins de l'entreprise et prévoie des actions de formation ciblant les populations les plus fragilisées, ou encore qu'il institue de réelles mesures d'accompagnement des mobilités professionnelle et géographique indispensables à la préservation de l'emploi en cas de restructuration, etc. Or, le contenu des engagements de l'entreprise ou du groupe est fonction d'une part de la volonté des dirigeants d'assumer leur responsabilité sociale en tentant de sécuriser autant que possible le parcours professionnel de leurs salariés, et d'autre part et surtout des moyens, notamment financiers, qui peuvent être consacrés à la mise en place d'un dispositif de GPEC efficient.

151. En outre, l'efficacité du dispositif de GPEC instauré par l'accord est subordonnée à l'articulation, certes complexe mais essentielle, entre son volet collectif (observatoire des métiers, plan de formation, dispositifs de fin de carrière, etc.) et son volet individuel (bilan de compétences, validation des acquis de l'expérience, entretiens individuels, etc.). Il est capital que le salarié, à titre individuel, soit informé sur l'avenir, plus ou moins menacé, de son poste et sur les qualifications et compétences qu'il est souhaitable, voire nécessaire, qu'il acquière à court ou moyen terme. Sans relai « sur le terrain » effectué par les managers ou les directions des ressources humaines, la GPEC ne sera guère efficace puisque le salarié n'aura pas été mis en mesure de saisir les occasions d'évoluer professionnellement et d'être acteur de la construction de sa carrière.

La conjugaison de tous les facteurs sus-évoqués, indispensables à notre sens à l'efficacité de la mise en œuvre négociée de dispositifs de GPEC, est relativement rare, ce qui réduit d'autant l'effectivité de la protection des salariés assurée par l'obligation triennale de négocier. De surcroît, même si toutes ces conditions sont réunies, l'existence et la mise en œuvre d'un accord de GPEC ne constitue en rien un rempart absolu contre une compression d'effectifs résultant d'une décision de restructuration.

152. Même lorsque la négociation triennale est menée « à froid » sans que la direction ait une quelconque projet de restructuration à court ou moyen terme, que le dialogue social est basé sur la confiance, la transparence et le partage de l'ensemble des informations relatives à la stratégie de l'entreprise et à son environnement, que l'accord contient de réels engagements offrant aux salariés les moyens d'évoluer professionnellement et de conserver un emploi nécessaire aux regard des orientations stratégiques de l'entreprise, qu'il est exécuté loyalement, etc. il ne saurait pour autant empêcher la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois. En effet, la décision de procéder à une restructuration peut résulter de la survenance d'accidents conjoncturels inattendus dont aucune gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ne pouvait anticiper les conséquences. Si certaines mutations économiques et technologiques sont prévisibles, d'autres ne le sont pas et l'entreprise devra y faire face en adaptant sa stratégie en conséquence ce qui pourra rendre caduques certaines des prévisions de l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences¹. Certes la mise en œuvre dans un accord de GPEC de dispositifs tendant à développer l'employabilité des salariés et à assurer leur adaptation aux évolutions prévisibles de l'emploi au regard de la stratégie de l'entreprise et de l'anticipation des conséquences des mutations économiques est de nature à réduire l'impact potentiellement néfaste d'une restructuration sur l'emploi. Toutefois, elle n'est qu'un palliatif à l'absence d'emprise du droit social sur les décisions de restructuration et ne constitue en rien un obstacle eu prononcé de licenciements pour motif économique. Aucun accord de GPEC quel que soit son contenu ne peut prévoir l'imprévisible qu'il s'agisse d'un accident conjoncturel auquel l'entreprise doit faire face ou de la décision de la direction du groupe de fermer l'entreprise et de supprimer tous les emplois pour la délocaliser, décision contre laquelle l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences pas plus que le droit social ne peut agir.

Si à l'inverse, les carences de l'employeur en matière de GPEC constituent à n'en pas douter un obstacle pour mener à bien une restructuration préservant au mieux l'emploi, l'absence de sanction spécifique aux manquements de l'employeur en matière de GPEC ne contribue guère à l'effectivité de la protection des salariés. Certes, la Cour de cassation dans son communiqué relatif à l'arrêt *Pages Jaunes* a laissé entendre que l'appréciation des licenciements pour motif économique prononcés dans une entreprise soumise à l'obligation triennale devrait être plus rigoureuse en cas de GPEC défaillante². Pour autant, ce

¹ F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

² La Cour de cassation a ainsi publié sur son site internet un communiqué relatif aux arrêts *Pages jaunes* (Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 05-40.977 et n° 04-46.201, Bull. civ. V, n° 10 ; JCP S 2006, 1076, note F. FAVENNEC-

communiqué n'a aucune portée juridique. Il est néanmoins envisageable que le manquement d'une entreprise en termes de GPEC soit sanctionné au titre de l'obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, qui pèse sur l'employeur tout au long de la relation de travail¹, mais également au moment où il envisage de prononcer un licenciement pour motif économique². Mais cela aurait pour seule conséquence le versement de dommages et intérêts aux salariés, ce qui ne permet aucunement de préserver l'emploi en cas de restructuration. On peut ainsi regretter l'absence de sanction propre à l'obligation de GPEC qui ne renforce guère son effectivité et partant la limitation du coût social des restructurations futures qu'elle est censée permettre grâce à l'anticipation des mutations économiques et de leurs répercussions sur l'emploi.

Au total, imposer l'ouverture d'une négociation relative à la mise en place de dispositifs de GPEC en amont de tout projet de restructuration est susceptible de réduire l'impact potentiellement néfaste de ces opérations sur l'emploi en assurant le développement de l'employabilité des salariés et en permettant dans une certaine mesure de sécuriser leur parcours professionnel. Les modifications apportées par la loi de sécurisation de l'emploi³, qu'il s'agisse d'obliger les entreprises à fonder la négociation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, de mettre en cohérence dispositifs de GPEC et plan de formation ou d'élargir les thèmes de la négociation triennale notamment en prévoyant des prolongements à la GPEC hors de l'entreprise, peuvent contribuer à renforcer la protection des salariés face aux décisions de restructuration. Si la GPEC négociée tend ainsi à être plus efficace, elle n'en devient pas pour autant un gage absolu de maintien de l'emploi face aux restructurations.

La mobilité étant un instrument fondamental de la GPEC et de la sécurisation des parcours professionnels, la loi de sécurisation de l'emploi a également souhaité favoriser son développement en légalisant les accords de mobilité interne instaurés dans l'ANI du 11

HERY ; JCP E 2006, 1309, note S. BEAL et A. FERREIRA ; JCP E 2006, 1310, note P. MORVAN ; LPA 2006, n° 15, p. 3, note G. PICCA et A. SAURET ; SSL 2006, n° 1244, p. 12, rapp. M.-L. MORIN ; SSL 2006, n° 1244, p. 5, note G. COUTURIER ; RJS 3/06, p. 187, note J.-Y. FROUIN.) dans lequel elle affirmait « On peut d'ailleurs se demander si dans les entreprises où l'article L. 320-2 du code du travail (devenu L. 2242-15 et s. depuis la recodification) s'applique, **la nouvelle obligation de négocier sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences** et les mesures d'accompagnement susceptibles d'y être associées ainsi que sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires, **ne devrait pas conduire à une approche plus rigoureuse des mesures de licenciement économique qui interviendraient par la suite notamment lorsque la gestion prévisionnelle aura été défaillante.** ».

¹ Art. L. 6321-1, C. trav.

² Art. L. 1233-4, C. trav.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

janvier 2013¹. Toutefois, ces accords dont la négociation est étroitement liée à la GPEC, pourraient en pratique, sous couvert de permettre la mise en œuvre de mesures collectives d'organisation en dehors de tout projet de restructuration destructrice d'emplois, se traduire par le prononcé de licenciements pour motif économique échappant aux dispositions applicables en matière de licenciement collectif.

Section II - La négociation des accords de mobilité interne

153. Dans le souci de « *faire de la mobilité interne dans l'entreprise un instrument négocié et articulé avec la GPEC pour mettre en place des mesures collectives d'organisation du travail et d'évolution des salariés en dehors de tout projet de licenciement* »², la loi relative à la sécurisation de l'emploi³ a instauré la possibilité pour les entreprises de conclure des accords de mobilité interne, en reprenant plus ou moins fidèlement les stipulations de l'article 15 de l'ANI du 11 janvier 2013⁴. L'institution des accords de mobilité interne est étroitement liée à la volonté de développer la GPEC « à froid » en dehors de tout projet de restructuration destructrice d'emploi. Ils offrent ainsi aux employeurs la possibilité de mettre en œuvre des mesures de mobilité assorties de garanties collectives, en affaiblissant la force de résistance du contrat de travail face à l'accord collectif.

En remettant en cause les rapports traditionnels entre accord collectif et contrat de travail afin d'insuffler davantage de flexibilité dans la gestion des ressources humaines, le régime juridique de ces accords cherche à rendre les salariés plus mobiles en essayant de réduire les freins psychologiques et juridiques au développement de la mobilité. En effet, si la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la mobilité géographique s'est assouplie notamment en décidant que la clause relative au lieu d'exécution du travail n'était qu'une

¹ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 15.

² V. exposé des motifs du projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, du 6 mars 2013, NOR : ETSX1303961L/Bleue-1.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ ANI du 11 janv. 2013, préc.

clause informative¹ et en créant le concept de « secteur géographique » au sein duquel l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir de direction, imposer au salarié un changement de lieu de travail², sa relative intransigeance à l'égard des clauses de mobilité et son « tropisme contractuel particulièrement sensible en matière de modification du contrat de travail » sont l'objet de vives critiques dans les milieux patronaux³. A ce titre, ces accords présentent un double intérêt pour l'employeur : d'une part ils favorisent la mobilité des salariés en limitant leur capacité de refus d'une mesure conventionnelle de mobilité, et d'autre part ils évincent *a priori* l'application du droit du licenciement collectif pour motif économique en cas de refus par plusieurs salariés d'une telle mesure⁴.

Les accords de mobilité interne doivent définir les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs. Ils doivent également prévoir un certain nombre de garanties au profit des salariés relatives notamment au respect de leur vie personnelle et familiale. Ces accords s'appliquent au contrat de travail dont les clauses contraires se trouvent suspendues. Est ainsi consacrée la primauté de l'accord de mobilité interne sur le contrat de travail. Toutefois, cette prévalence n'est pas absolue puisqu'afin d'éviter tout forçage du consentement du salarié, l'employeur est tenu de recueillir l'accord du salarié relatif à l'application à son contrat des stipulations de l'accord de mobilité interne. S'il s'y oppose, le salarié s'expose alors à la rupture de son contrat selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique, permettant ainsi à l'employeur d'échapper au respect de la procédure de licenciement collectif.

Certains estiment que « ces accords représentent l'un des aspects les plus obscurs voire les plus graves de la loi sur la sécurisation de l'emploi [en ce que] ce nouvel outil pourrait permettre aux employeurs, si l'on n'y prend garde, de s'affranchir de l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi »⁵. D'autres y voient au contraire « l'illustration la plus emblématique de l'équilibre flexi/sécurité auquel sont parvenus les partenaires sociaux français » et « l'une des dispositions les plus novatrices de la loi : [en ce qu'] elle permet, par le jeu de la négociation collective, d'accroître le champ des mesures collectives d'organisation du travail et d'évolution des salariés à disposition des entreprises, apportant tout à la fois un

¹ Cass. soc., 3 juin 2003, Bull. civ. V, n° 185 ; Dr. soc. 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER.

² Cass. soc., 16 déc. 1998, Bull. civ. V, n° 558 ; RJS 1999. 105, n° 157 ; Dr. soc. 1999. 566, note P. WAQUET.

³ En ce sens, C. RADE, « Commentaire de l'article 15 de la Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, sur la mobilité interne », Lexbase hebdo, éd. soc., n° 534, N° LXB N7811BTH.

⁴ Il est en effet fort possible que l'éviction du droit du licenciement collectif soit jugée contraire au droit européen.

⁵ J. KRIVINE, « Les accords de mobilité interne, nouvelle échappatoire au PSE ?? », SSL 2013, n° 1592.

contenu renforcé à la GPEC « à froid » (la vraie) et une restriction au champ d'application des procédures afférentes au licenciement économique, qui n'avait cessé de s'étendre depuis 20 ans avec la consécration du contrat de travail et du tout contractuel. »¹

Encensée ou décriée, l'instauration de ces accords par la loi de sécurisation de l'emploi ne laisse en tous cas pas les juristes indifférents, et ce d'autant plus que si la volonté du législateur et des partenaires sociaux est de sécuriser l'emploi en favorisant la mobilité interne en dehors de tout projet de restructuration destructrice d'emploi, le régime juridique de ces accords semble pour l'instant être davantage une source d'insécurité juridique qu'un vecteur de sécurisation de l'emploi. En effet, le régime juridique de ces accords issu de la loi de sécurisation de l'emploi, dont les dispositions sont à la fois imprécises, laconiques et paradoxales², laisse planer de très nombreuses incertitudes tant du point de vue des conditions de la négociation des ces accords (§ 1), de leur contenu (§ 2) que de leur mise en œuvre (§ 3). Sans oublier le régime de la rupture du contrat consécutive au refus du salarié d'une mesure conventionnelle de mobilité interne qui soulève de nombreuses questions (§ 4), à l'instar du contrôle judiciaire dont elle pourrait être l'objet (§ 5).

§ 1 – La négociation des accords de mobilité interne.

154. Négociation facultative étroitement liée à la GPEC. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 2242-21 du Code du travail dispose que « *L'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs.* ». Si l'ANI du 11 janvier 2013³ et l'avant-projet de loi⁴ avaient prévu d'instituer une obligation triennale de négocier des accords de mobilité interne, cette négociation est finalement facultative. Le législateur a jugé, avec raison, que la mise en œuvre

¹ S. PELICIER LOEVENBRUCK et G. FREREJACQUES, « La mobilité interne, vecteur d'une véritable GPEC », SSL 2013, n° 1592, dans le sens d'un encouragement à conclure ces accords V. également, P.-H. ANTONMATTEI, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », Dr. soc. 2013, p. 794.

² Art. L. 2242-21 à L. 2242-23, C. trav.

³ ANI du 11 janv. 2013, préc.

⁴ Avant-projet de loi du 11 fév. 2013 relatif à la sécurisation de l'emploi.

négociée de mesures de mobilité interne dans le cadre de mesures collectives d'organisation du travail n'était pas nécessaire dans toutes les entreprises¹.

La négociation d'un accord de mobilité interne est étroitement liée à la GPEC dans la mesure où l'objet de cet accord est de favoriser la mobilité professionnelle et géographique des salariés en dehors de tout projet de compression des effectifs pour offrir aux entreprises davantage de souplesse dans la gestion de leurs ressources humaines. Dans les entreprises et groupes d'entreprises soumis à l'obligation triennale de négocier sur la mise en œuvre d'un dispositif de GPEC, la négociation d'un accord de mobilité interne s'inscrit dans le cadre de cette négociation et fait, le cas échéant, l'objet d'un chapitre spécifique de l'accord de GPEC². Dans les autres entreprises, la négociation d'un accord de mobilité interne doit également porter « *sur les évolutions prévisionnelles des emplois et des compétences et sur les mesures susceptibles de les accompagner* »³. La mobilité des salariés constituant, avec la formation professionnelle, le cœur d'une politique de GPEC efficace, il est on ne peut plus logique que la négociation d'un accord de mobilité interne soit intégrée dans une réflexion globale des partenaires sociaux sur la gestion prospective des ressources humaines. En effet, l'objet des accords de mobilité interne est de promouvoir la mobilité au sein de l'entreprise en l'inscrivant dans le cadre de la gestion courante de ressources humaines censée préserver l'emploi face aux mutations économiques prévisibles et aux restructurations qu'elles pourraient induire.

155. La négociation d'un accord de mobilité interne peut se dérouler au niveau du groupe. Toutefois, conclu à ce niveau l'accord pourra seulement définir les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique des salariés au sein de chacune des entreprises, à l'exclusion de mesures de mobilité interentreprises. Les accords de mobilité interne peuvent uniquement instituer des mesures de mobilité au sein de la même personne morale excluant ainsi tout changement d'employeur. Il est certes possible de prévoir par accord collectif des mobilités intra-groupe en organisant les conditions du passage des salariés d'une filiale à l'autre. Mais ces mesures ne peuvent figurer dans un accord de mobilité interne et bénéficier du régime juridique spécifique aux mesures de mobilité interne résultant des articles L. 2242-21 et suivants du Code du travail. En effet, la mobilité d'un salarié entre deux sociétés

¹ En ce sens, S. BEAL, *in* entretien avec S. BEAL et F. GEA, « La loi relative à la sécurisation de l'emploi », Cahiers de droit de l'entreprise 2013, n° 4, entretien 4.

² Art. L. 2242-15, C. trav.

³ Art. L. 2242-21, C. trav.

appartenant au même groupe (ou à la même UES), implique impérativement son accord puisque celle-ci impose un changement d'employeur. À ce titre, une clause contractuelle dans laquelle le salarié s'engagerait à renoncer à son droit de refus de passer au service d'une autre société du groupe (ou de l'UES) est nulle¹.

156. Contexte de la négociation des accords de mobilité interne : l'absence de projet de réduction d'effectifs. Aux termes de l'article L. 2242-21 du Code du travail, la négociation d'un accord de mobilité interne porte sur les conditions de la mobilité interne à l'entreprise « dans le cadre de mesures collectives d'organisation courante sans projet de réduction d'effectifs ». La négociation d'un tel accord doit donc se dérouler « à froid » et organiser des mesures de mobilité sans que soit envisagée, à court ou moyen terme, la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois. Cela pourrait être considéré comme une condition de validité de l'accord de mobilité interne². Si un accord de mobilité interne peut donc affecter les emplois, ce n'est que dans leur « contenu » qu'il s'agisse de leur localisation ou des fonctions occupées par les salariés. En aucun cas un accord de mobilité interne ne peut remettre en cause l'existence même ou le nombre des emplois dans l'entreprise. L'objet de l'accord de mobilité interne est d'organiser des mesures collectives de mobilité interne à l'entreprise s'inscrivant dans le cadre de la gestion courante de ses ressources humaines. Il ne doit en aucune mesure être négocié dans un contexte de difficultés conjoncturelles auxquelles il tenterait de remédier par la mise en place de mesures de mobilité induisant éventuellement une compression des effectifs. Les mesures de mobilité géographique et professionnelles doivent donc être envisagées « à effectif constant ». Si l'absence de « projet de réduction d'effectifs » conditionne donc la négociation d'un accord de mobilité interne, le laconisme et la relative imprécision de cette expression laisse un certain nombre de questions en suspens.

157. Incertitudes relatives à l'absence « de projet de réduction d'effectifs ». On peut ainsi s'interroger sur la nature même du « projet de réduction d'effectifs » exclusif de la possibilité de négocier un accord de mobilité interne. Est ainsi seule visée « la réduction d'effectifs », non la suppression de postes. Pour autant, il apparaît que si l'employeur entend par le biais de mesures d'organisation courantes supprimer certains postes, il ne devrait pas pouvoir conclure d'accord de mobilité interne. Les propos de Jean-Marc GERMAIN,

¹ Cass. soc., 23 sept. 2009, Bull. civ. V, n° 191 ; RDT 2009, p. 647, note G. AUZERO ; D. 2009, AJ 2531, obs. S. MAILLARD ; RJS 2009, n° 898.

² L. MARQUET DE VASSELLOT, « La mobilité et l'emploi : vers de nouvelles pratiques ? », JCP S 2003, 1262.

rapporteur de la loi devant l'Assemblée nationale, semblent confirmer cette analyse puisqu'il affirme que la négociation d'un accord de mobilité interne est « une négociation à froid, qui ne doit pas être le corollaire d'un projet plus vaste de restructuration de l'entreprise qui prévoirait une suppression de postes ou encore des licenciements »¹. Ainsi, la négociation et la mise en œuvre d'un accord de mobilité interne est exclusive de toute décision de la direction visant à mettre en œuvre non seulement des licenciements, mais également des départs volontaires, des mesures de retraite anticipée, ou encore de rupture conventionnelle pour motif économique « qui sont en train de devenir un lieu privilégié de fraude au droit du licenciement pour motif économique ! »². L'absence de projet de réduction des effectifs étant la condition indispensable à la négociation et à la mise en œuvre des accords de mobilité interne justifiant la mise à l'écart du droit du licenciement collectif, il sera essentiel qu'elle fasse l'objet d'un contrôle effectif. Il faudra à ce titre s'assurer que la mise en œuvre des mesures de mobilité interne se réalise bien « à effectif constant » ce qui implique non seulement de vérifier que chaque proposition de mobilité correspond réellement à un poste mais aussi, et surtout, que chaque refus de mobilité interne entraînant un licenciement est compensé par une embauche³.

158. Par ailleurs, l'article L. 2242-21 du Code du travail n'évoque malheureusement aucunement l'appréciation dans le temps de la condition relative à l'absence de projet de réduction des effectifs. Pour que cette condition, justifiant *a priori* la mise à l'écart du droit du licenciement collectif, ait une réelle portée juridique il est indispensable qu'elle soit appréciée sur une durée relativement longue. En effet, s'il suffit à l'employeur d'attendre quelques semaines après la conclusion de l'accord de mobilité interne pour pouvoir mettre en œuvre un projet de licenciement collectif, cette condition n'aura aucune portée juridique effective. Il semble essentiel que soit imposé un délai raisonnable entre la conclusion d'un accord de mobilité interne et la possibilité pour l'entreprise d'envisager un projet de restructuration destructrice d'emplois⁴. À défaut de respecter un tel délai, dont la durée devra être appréciée par les juges, les licenciements consécutifs au refus d'un ou plusieurs salariés des mesures de mobilité prévues par l'accord ne devraient pas relever du régime spécifique de l'article

¹ AN, rapp. fait au nom de la commission des affaires sociales, n° 847, 27 mars 2013, p. 276 et s.

² P. LOKIEC, « La face cachée des accords de mobilité interne », SSL 2013, n° 1587.

³ En ce sens, S. BEAL, entretien préc. ; J. KRIVINE, art. préc. ; S. PELICIER LOEVENBRUCK et G. FREREJACQUES, art. préc.

⁴ O. PICQUEREY et B. DEHAENE, « Loi de sécurisation de l'emploi et mobilité – Mobilité souhaitée et mobilité imposée : quelle sécurisation ? », Cahiers soc. 2013, n° 254, p. 293 ; P. LOKIEC, art. préc.

L. 2242-23 du Code du travail. Dès lors que la condition d'absence de projet de réduction des effectifs n'est pas respectée, les licenciements devraient être pleinement soumis au droit commun du licenciement pour motif économique et, le cas échéant, au droit du licenciement collectif. Nous ne saurions trop conseiller à ce titre aux employeurs de respecter un délai relativement long entre la négociation d'un accord de mobilité interne et la mise en œuvre d'un projet de restructuration entraînant une compression des effectifs. À défaut, ils s'exposent au risque que les ruptures consécutives au refus de l'application de l'accord par plusieurs salariés soient considérées comme un contournement de la procédure de grand licenciement collectif, avec les conséquences que cela induit, dont la possible annulation des licenciements pour absence de plan de sauvegarde de l'emploi...

159. La négociation des accords de mobilité interne a donc vocation à se dérouler « à froid », afin de permettre la mise en œuvre de mesures collectives d'organisation du travail s'inscrivant dans une gestion prospective des emplois et des compétences de l'entreprise. Elle ne doit en aucun cas être liée, de près ou de loin, à l'éventualité de la mise en œuvre d'un projet de restructuration destructrice d'emplois. La mobilité interne telle que prévue dans ces accords est une mobilité « préventive », destinée à offrir aux entreprises davantage de flexibilité dans la gestion des ressources humaines et à sécuriser les parcours professionnels des salariés. Elle s'oppose à la mobilité « curative » correspondant à des propositions de mobilité liées à des difficultés économiques ou à la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise relevant pour leur part pleinement du droit du licenciement pour motif économique. Coexistent désormais dans le Code du travail deux types de mesures collectives de réorganisation : les propositions de mobilité fondées sur un motif économique, tel que défini à l'article L. 1233-3 du Code du travail, qui imposent à l'employeur de respecter l'ensemble du droit du licenciement pour motif économique, et les mesures de mobilité interne relevant d'un accord de mobilité interne, exclusives de tout projet de réduction des effectifs, qui échappent notamment à la procédure de licenciement collectif et, le cas échéant, à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

L'affaiblissement de la résistance du contrat face à l'accord de mobilité interne, permettant, si ce n'est d'imposer la mobilité, du moins de réduire la capacité de refus du salarié et la mise à l'écart du droit du licenciement collectif et des droits qu'il offre aux

salariés sont en quelque sort compensés par l'obligation faite aux partenaires sociaux de prévoir dans ces accords un certain nombre de garanties au bénéfice des salariés.

§ 2 - Le contenu des accords de mobilité interne.

Les accords de mobilité interne ont pour objet de définir les modalités de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. L'article L. 2242-22 du Code du travail impose aux partenaires sociaux de prévoir les conditions de mise en œuvre des mesures de mobilité interne et notamment les différentes mesures tendant à préserver la situation personnelle des salariés concernés par l'accord (A). L'accord de mobilité interne doit également instaurer des mesures d'accompagnement et de reclassement au bénéfice des salariés qui seraient licenciés suite à leur refus d'une mesure conventionnelle de mobilité (B).

A - La définition conventionnelle des conditions de mobilité interne.

160. Délimitation de la zone d'emploi du salarié. Aux termes de l'article L. 2242-22, 1°, du Code du travail, les partenaires sociaux doivent définir « *la zone géographique d'emploi du salarié* » dans le respect de sa vie personnelle et familiale. Cette zone correspond au concept jurisprudentiel de « secteur géographique » au sein duquel l'employeur peut imposer une mutation au salarié¹. La mobilité au sein de ce secteur relève en effet du pouvoir de direction de l'employeur et constitue un simple changement des conditions de travail, non une modification du contrat². L'enjeu de la définition conventionnelle de la zone d'emploi est donc loin d'être négligeable. À ce titre, pour déterminer l'étendue de cette zone les partenaires sociaux devront probablement s'inspirer des critères retenus par les juges du fond pour délimiter le « secteur géographique »³ qui doit reposer sur des considérations objectives⁴.

¹ O. PICQUEREY et B. DEHAENE, art. préc.; F. FAVENNEC-HERY, « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », SSL 2013, n° 1592 ; L. MARQUET DE VASSELOT, art. préc. ; G. AUZERO, « De quelques effets de l'ANI du 11 janvier 2013 sur le droit du contrat de travail », RDT 2013, p. 179. En sens contraire, S. PELICIER LOEVENBRUCK et G. FREREJACQUES, art. préc. ; J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi _ « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280.

² Cass. soc., 16 déc. 1998, préc.

³ En ce sens O. PICQUEREY et B. DEHAENE, art. préc., L. MARQUET DE VASSELOT, art. préc. ; P.-H. ANTONMATTEI, art. préc.

⁴ Cass. soc., 4 mai 1999, Bull. civ. V, n° 186 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 51.

Ainsi, pour définir la zone d'emploi du salarié les partenaires sociaux devront vraisemblablement prendre en compte les distances kilométriques, l'existence de transports en commun, les temps de trajet, l'accessibilité réelle, etc.¹. La prise en considération effective de ces différents critères pour délimiter la zone conventionnelle d'emploi du salarié devrait permettre d'assurer le respect de sa vie personnelle et familiale, comme l'impose l'article L. 2242-22 du Code du travail et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Une interrogation demeure toutefois : les juges pourront-ils remettre en cause la zone d'emploi conventionnelle ou seront-ils liés par les dispositions de l'accord de mobilité interne ? La doctrine est partagée sur cette question². Il nous semble que sauf à ce que la zone géographique d'emploi fixée dans l'accord de mobilité interne ne permette pas le respect de la vie personnelle et familiale du salarié ou qu'elle porte atteinte à un autre droit ou liberté fondamental à l'instar de la liberté de choisir son domicile³, les juges ne pourront remettre en cause la zone d'emploi conventionnellement fixée.

161. Limites de la mobilité conventionnelle. Une fois définie la zone d'emploi du salarié au sein de laquelle il ne peut, sauf à commettre une faute, refuser d'être muté, les partenaires sociaux doivent fixer les limites de la mobilité conventionnelle du salarié au-delà de cette zone. Au même titre qu'une clause de mobilité instaurée dans une convention collective doit, à peine d'illicéité « *définir de façon précise sa zone géographique d'application* »⁴, il est impératif que l'accord de mobilité interne détermine clairement les limites géographiques de la zone dans laquelle l'employeur pourra muter le salarié en application de l'accord. Les modalités conventionnelles de mobilité interne ne sauraient ainsi porter atteinte aux droits fondamentaux des salariés. Par conséquent, l'accord doit prévoir des mesures visant à concilier vie professionnelle et vie personnelle et familiale du salarié et prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé⁵. Comme le souligne un auteur, il est particulièrement délicat de définir au niveau collectif des mesures générales tendant à prendre en compte les situations particulières tant les questions relatives à la vie personnelle et familiale, à l'état de santé ou au handicap dépendent intrinsèquement de

¹ En ce sens, O. PICQUEREY et B. DEHAENE, art. préc. ; L. MARQUET DE VASSELLOT, art. préc.

² Françoise FAVENNEC-HERY considère ainsi que les juges sont liés par la définition de la zone d'emploi du salarié, tandis que Gilles AUZERO estime l'inverse. F. FAVENNEC-HERY, art. préc. ; G. AUZERO, art. préc.

³ Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art. 8.

⁴ Cass. soc., 24 janv. 2008, Bull. civ. V, n° 23 ; Dr. soc. 2008, p. 498, obs. J. SAVATIER ; JCP S 2008, 1250, note B. BOSSU.

⁵ Art. L. 2242-22, C. trav.

la situation singulière de chaque salarié¹. Toutefois, on peut imaginer que l'accord de mobilité interne définisse des « *critères d'ordre des mobilités* » selon un principe analogue à celui de l'ordre des licenciements², en prenant par exemple en considération, la situation maritale, les charges de famille, l'âge des enfants à charge, les situations de handicap, la situation professionnelle du conjoint, etc. Cela pourrait permettre de définir une sorte « *d'ordre des mobilités* » de nature à préserver la situation des salariés dont la vie personnelle et familiale serait la plus affectée par une éventuelle mobilité³.

162. Intangibilité du niveau de rémunération et de la classification. Si grâce à l'accord de mobilité interne l'employeur peut modifier les fonctions ou le lieu de travail des salariés, en aucun cas cet accord ne peut avoir pour conséquence d'entraîner une diminution de leur niveau de rémunération⁴. À cet égard, les partenaires sociaux sont invités à envisager les conditions de la participation de l'employeur à la compensation d'une éventuelle perte de pouvoir d'achat qui pourrait résulter par exemple d'une mutation de la province vers la région parisienne où le coût de la vie est plus élevé. L'intangibilité du niveau de rémunération assurée en cas de mobilité interne et l'éventuelle compensation d'une perte de pouvoir d'achat pourraient créer des difficultés au regard du principe « à travail égal, salaire égal » entre le salarié ayant accepté la mesure de mobilité interne et ceux travaillant déjà sur le lieu d'affectation de ce dernier⁵. Toutefois, il semble que cette différence de traitement pourrait être justifiée par l'obligation pour l'employeur d'appliquer les stipulations de l'accord de mobilité interne et les dispositions de l'article L. 2242-22 du Code du travail. En outre, la Cour de cassation admet déjà qu'un accord collectif puisse valablement prendre en compte des parcours professionnels spécifiques pour établir des différences de rémunération entre salariés exerçant un même travail⁶. Il est ainsi envisageable que la Cour de cassation estime que les salariés ayant accepté une mesure conventionnelle de mobilité interne ne se trouvent pas une situation identique à celle de leurs collègues occupant les mêmes fonctions dans la

¹ J. ICARD, art. préc.

² Art. L. 1233-5, C. trav.

³ Il est à ce titre relativement surprenant que le législateur ait envisagé seulement l'intangibilité du « niveau de rémunération », ce qui pourrait permettre à l'employeur de modifier la structure de la rémunération à l'occasion de la mobilité du salarié, alors même que la modification de la structure de la rémunération (répartition entre sa part fixe et sa part variable) est susceptible d'affecter le niveau de la rémunération. En ce sens, C. RADÉ, art. préc.

⁴ C. RADÉ, art. préc.

⁵ Sur cette crainte, V. L. MARQUET DE VASSELOT, art. préc. ; S. PELICIER LOEVENBRUCK et G. FREREJACQUES, art. préc.

⁶ Cass. soc., 3 mai 2006, Bull. civ. V, n° 160 ; Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.211, inédit ; Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 06-43.418, inédit.

mesure où leur parcours professionnel est différent du fait de l'application de l'accord de mobilité interne.

Si l'accord de mobilité interne ne peut porter atteinte au niveau la rémunération, il ne saurait davantage entraîner une diminution de la classification personnelle du salarié. L'accord doit même « *garantir le maintien ou l'amélioration de la qualification personnelle du salarié* »¹. L'accord de mobilité interne s'inscrivant dans une logique de GPEC devrait ainsi permettre d'assurer, par le biais de la mobilité interne, et des mesures d'accompagnement qu'il doit prévoir, le développement des compétences du salarié afin de renforcer son employabilité et de lui assurer une certaine évolution professionnelle. À ce titre, il semble envisageable qu'un salarié puisse refuser l'application d'une mesure de mobilité interne en arguant que la proposition de mobilité ne lui permet pas de maintenir ou de développer sa qualification².

163. Mesures d'accompagnement de la mobilité. Il appartient par ailleurs aux partenaires sociaux de prévoir des « *mesures d'accompagnement à la mobilité, en particulier les actions de formation ainsi que les aides à la mobilité géographique* »³. Il est essentiel que les salariés appelés à changer de fonctions en application de l'accord puissent bénéficier des mesures de formation leur permettant d'acquérir les qualifications et compétences indispensables pour occuper leur nouvel emploi. La mobilité professionnelle ne peut en effet se concevoir sans la mise en œuvre d'actions de formation adéquates. De ce point de vue, l'accord de mobilité interne pourra se référer, notamment lorsqu'il intègre un accord de GPEC, aux mesures définies dans le cadre du plan de formation de l'entreprise ou aux actions de tutorat prévues par l'accord.

Pour ce qui concerne la mobilité géographique, tant redoutée par les salariés, il est capital que l'accord prévoie un certain nombre de mesures tendant à favoriser l'acceptation par les salariés de quitter leur région. L'accord peut ainsi instaurer des aides financières au déménagement, des mesures d'assistance dans la recherche d'un nouveau logement ou d'une nouvelle école pour les enfants du salarié muté, ou encore des actions de soutien à la recherche d'un nouvel emploi pour le conjoint « subissant » la mobilité du salarié, etc. De telles mesures sont également indispensables à la conciliation de la vie professionnelle et

¹ Art. L. 2242-22, C. trav., *in fine*.

² En ce sens, L. MARQUET DE VASSELOT, art. préc.

³ Art. L. 2242-22, C. trav.

privée et familiale du salarié appelé à changer de lieu de travail en application d'un accord de mobilité interne.

~

164. Ces mesures d'accompagnement de la mobilité et les garanties accordées aux salariés (protection de la vie personnelle et familiale, prise en compte des situation de handicap, intangibilité du niveau de rémunération et de classification), sont autant de dispositions tendant à favoriser le développement de la mobilité des salariés en tentant de minimiser les réticences « psychologiques » de salariés *a priori* peu mobiles¹. Surtout ces garanties viennent compenser l'affaiblissement de la résistance du contrat de travail face à l'application d'un accord de mobilité interne. Si le salarié conserve une capacité de refuser l'application de l'accord de mobilité à son contrat, pèse sur lui la menace d'un licenciement pour motif économique prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel. L'accord de mobilité interne doit à ce titre prévoir des mesures d'accompagnement et de reclassement en cas de licenciement consécutif à un tel refus.

*B - L'instauration de mesures conventionnelles
d'accompagnement et de reclassement des salariés refusant une
mesure conventionnelle de mobilité.*

165. Mesures d'accompagnement et de reclassement en cas de licenciement consécutif au refus du salarié de se voir appliquer l'accord. L'article L. 2242-23 du Code du travail impose aux partenaires sociaux d'instaurer des mesures sociales d'accompagnement et de reclassement en cas de licenciement consécutif au refus par un salarié de l'application de l'accord de mobilité interne à son contrat. Le droit du licenciement collectif, qu'il s'agisse d'un petit (entre deux et neuf salariés) ou d'un grand (au moins dix ruptures sur une même période de trente jours) licenciement collectif, et notamment l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, sont *a priori* écartés lorsque plusieurs salariés s'opposent à la mesure conventionnelle de mobilité interne. Néanmoins, ces derniers doivent tout de même bénéficier d'un « ersatz » de plan de sauvegarde de l'emploi. Le législateur ne donne cependant aucune précision quant aux types de mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord, laissant ainsi une marge de manœuvre importante aux partenaires sociaux pour

¹ J.-E. RAY, art. préc.

définir l'étendue des engagements de l'entreprise. La pertinence et l'importance des mesures sociales d'accompagnement instaurées dans l'accord sera donc fonction de la qualité du dialogue social dans l'entreprise, des moyens de cette dernière, et de la capacité des syndicats à imposer lors de la négociation la prévision de mesures d'accompagnement pertinentes.

166. Au titre des mesures sociales d'accompagnement susceptibles d'être prévues par l'accord de mobilité interne, l'ANI du 11 janvier 2013 envisage notamment la possibilité que soient instaurés un bilan de compétences ou un abondement du compte personnel de formation¹. L'accord pourrait également prévoir la mise en place d'une cellule de reclassement, d'actions de validation d'acquis de l'expérience, d'aides à la reconversion professionnelle ou à la création d'entreprise, etc. Si l'un des intérêts de l'accord de mobilité interne est d'échapper *a priori* à la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise et à l'éventuelle mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'entreprise devra tout de même prendre des engagements en termes d'accompagnement des salariés licenciés suite à leur refus de mobilité. Ces engagements devront être réels et pertinents afin de véritablement favoriser la réinsertion professionnelle des salariés licenciés et de sécuriser leur parcours professionnel. Dans le cas contraire, l'accord de mobilité interne risque de ne pas être jugé conforme aux exigences légales, ce qui aura pour conséquence de soumettre les licenciements au droit commun du licenciement pour motif économique.

167. *Adaptation conventionnelle du champ d'application et des modalités de l'obligation de reclassement.* Innovation de taille, l'article L. 2242-23 du Code du travail autorise les partenaires sociaux à adapter dans l'accord de mobilité interne les modalités et le champ d'application de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique. Cette obligation consiste à imposer à l'employeur de rechercher activement des emplois disponibles susceptibles d'être occupés par le salarié menacé de licenciement. Cette recherche doit en principe s'effectuer au niveau de l'entreprise dans son ensemble, voire, le cas échéant, au sein des sociétés du groupe avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable². Elle doit également être étendue aux entreprises du groupe situées à l'étranger, à condition que la législation locale n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers et que le salarié ait accepté de recevoir des offres de reclassement hors de nos

¹ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 15.

² Art. L. 1233-4, C. trav. ; Cass. soc., 25 juin 1992, Bull. civ. V, n° 420.

frontières. Dans ce cas, le salarié précise les éventuelles restrictions qu'il apporte aux recherches de l'employeur s'agissant des caractéristiques des emplois, notamment en matière de localisation et de rémunération, en application de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail. La Cour de cassation fait preuve d'une réelle intransigeance, objet de vives critiques, s'agissant du respect de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique. Elle dénie notamment à l'employeur la faculté de circonscrire ses recherches de reclassement en fonction de la volonté présumée du salarié de refuser certaines affectations¹ ou de soumettre un questionnaire préalable au salarié à cette fin². La condamnation par la Cour de cassation des questionnaires préalables de mobilité est justifiée. La portée effective de l'obligation de rechercher des postes disponibles pour reclasser le salarié et ainsi éviter son licenciement serait réduite à néant si l'employeur pouvait circonscrire ses recherches avant même d'avoir commencé à exécuter son obligation de reclassement.

Le périmètre des recherches de reclassement, jugé irréaliste, et la condamnation par la Cour de cassation des questionnaires préalables sont de longue date l'objet de critiques virulentes. Ceci explique sans doute que la loi de sécurisation de l'emploi ait introduit la possibilité pour les partenaires sociaux d'adapter le champ d'application et les modalités de l'obligation de reclassement dans le cadre des accords de mobilité interne³. Ainsi, l'accord pourra-t-il réduire le périmètre des recherches de l'employeur aux seuls emplois disponibles dans l'entreprise ou dans certains établissements, voire limiter l'obligation de rechercher des postes de reclassement à certaines parties du territoire national. L'accord pourrait aussi prévoir que l'employeur n'a pas à proposer au titre de son obligation de reclassement un poste déjà refusé par le salarié en application de l'accord ou d'autres postes encore plus éloignés. Un accord de mobilité interne pourrait également instaurer un questionnaire dans lequel chaque salarié ayant refusé une mesure de mobilité conventionnelle devrait préciser la ou les différentes régions dans lesquelles il accepterait éventuellement un poste de reclassement, le type d'emplois susceptibles de l'intéresser, ses exigences en termes de rémunération, etc. Les partenaires sociaux devront néanmoins être vigilants notamment les syndicats signataires ou non signataires susceptibles de s'opposer à l'entrée en vigueur de l'accord⁴, pour ne pas

¹ Ainsi, le refus d'une offre de reclassement à Paris par des salariés Lyonnais n'exonère pas l'employeur de rechercher des postes en dehors de la région lyonnaise et notamment pas à l'étranger ; Cass. soc., 24 juin 2008, RDT 2008, p. 598, obs. J.-Y. FROUIN ; RJS 2008, n° 968 ; Dr. soc. 2009, p. 119, obs. G. COUTURIER ; JCP S 2008, 1522, obs. F. DUMONT ; Cass. soc., 19 janv. 2011, JCP S 2011, 1216.

² A l'exclusion du reclassement à l'étranger objet de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail ; Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-16.486, inédit, JCP S 2011, comm. 145, F. TAQUET ; en ce sens, V. aussi, Cass. soc., 4 mars 2009, JCP E 2009, 1516, note S. BEAL.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ Art. L. 2232-12, C. trav.

réduire à néant la portée de l'obligation de reclassement préalable au licenciement. À cet égard, les stipulations conventionnelles devront éviter, en pratique, de faire « *peser en quelque sorte sur le salarié* » la circonscription des recherches de l'employeur. Les questionnaires préalables peuvent dans une certaine mesure constituer un « piège » pour le salarié ignorant les emplois disponibles susceptibles de lui être proposés. Ainsi, si le principe abstrait d'un changement de région peut de prime abord être rejeté par le salarié dans le questionnaire prévu par l'accord, il est tout à fait possible que, face à la proposition concrète d'un poste dont les fonctions l'attireraient, dans une région qui ne lui déplairait pas, le salarié, après réflexion, décide de l'accepter plutôt que de se retrouver au chômage.

En tout état de cause, l'accord de mobilité interne doit prévoir les mesures sociales d'accompagnement et de reclassement offertes aux salariés qui refuseraient une mesure de mobilité interne. Il est essentiel que ces mesures aient une véritable consistance et soient de nature à réellement permettre au salarié de retrouver relativement rapidement une activité professionnelle. Les juges sanctionneront certainement l'absence d'engagements réels de l'entreprise en ce sens, comme les mesures de nature à réduire excessivement la portée juridique de l'obligation de reclassement. Et dans ce cas, les licenciements consécutifs aux refus des salariés d'une proposition de mobilité interne risquent fort d'être soumis au droit commun du licenciement pour motif économique...

Pour accorder davantage de souplesse aux entreprises dans la gestion de leurs ressources humaines, les accords de mobilité interne doivent donc définir les conditions de cette mobilité et assortir ces mesures d'un certain nombre de garanties collectives censées rendre la mobilité plus attractive pour les salariés. La préservation d'un certain nombre de droits des salariés qu'il s'agisse de l'intangibilité de leur rémunération et de leur classification, de la nécessaire prise en compte du respect de leur vie personnelle et familiale ou de la prévision de mesures d'accompagnement de la mobilité sont autant de contreparties que doivent prévoir les accords de mobilité. Ce sont ces stipulations qui justifient l'affaiblissement de la capacité de refus du salarié de la mesure de mobilité conventionnelle, la mise à l'écart du droit du licenciement collectif et la remise en cause des rapports traditionnels entre accord collectif et contrat de travail.

§ 3 – La mise en œuvre des accords de mobilité interne.

168. L'article L. 2242-23 du Code du travail prévoit les modalités de mise en œuvre de l'accord de mobilité interne. Les trois premiers alinéas de cet article disposent ainsi que « *L'accord collectif [de mobilité interne] est porté à la connaissance de chacun des salariés concernés. [Ses] stipulations (...) sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues. Lorsque, après une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés, l'employeur souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord conclu au titre du présent article, il recueille l'accord du salarié selon la procédure prévue à l'article L. 1222-6.* ».

169. Obligation d'information individuelle. À l'origine, le projet de loi de sécurisation de l'emploi envisageait que le contenu de l'accord de mobilité interne soit communiqué « à l'ensemble des salariés ». Les députés ont modifié en première lecture ces dispositions afin que soit rendue obligatoire une information individuelle, et non plus collective, de chacun des salariés potentiellement concernés par les mesures conventionnelles de mobilité interne. Eu égard aux répercussions de la mise en œuvre de l'accord de mobilité interne sur le contrat de travail des salariés et sur leur vie privée et familiale, on ne peut qu'approuver que l'employeur soit tenu d'informer personnellement chaque salarié. Si aucun formalisme relatif à cette obligation d'information n'est prévu, nous ne saurions trop conseiller aux employeurs d'informer par écrit les salariés concernés de l'existence de l'accord et de le leur transmettre en se ménageant une preuve de cette information par le biais d'une remise en main propre contre décharge ou d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Faute d'informer chaque salarié potentiellement concerné par la mise en œuvre d'une mesure mobilité, de l'existence de l'accord de mobilité interne et de son contenu, ce dernier devrait être inopposable à tous les salariés qui n'ont pas bénéficié de cette information individuelle.

170. *Application de l'accord au contrat et suspension des clauses contraires.*

L'articulation entre accord collectif et contrat de travail est de l'avis de certains « l'un des problèmes les plus complexes »¹ en droit du travail. En effet, cette articulation est depuis longtemps « confrontée à des vents contraires »² soufflés par le législateur et la jurisprudence. En résumé, si l'article L. 2254-1 du Code du travail dispose que les clauses des conventions et accords collectifs liant l'employeur s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables, la Cour de cassation affirme pour sa part « *qu'un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié* »³.

Pour ce qui concerne les accords de mobilité interne le législateur vient bouleverser les rapports entre accord collectif et contrat de travail⁴. L'article L. 2242-23 du Code du travail affirme d'abord que ces accords s'appliquent aux contrats de travail, ce qui jusque là n'est que la reprise du début de l'article L. 2254-1 du Code du travail, avant de préciser que les clauses du contrat contraires aux stipulations de l'accord de mobilité interne sont suspendues. Le principe de faveur visé à la fin de ce texte⁵ est alors neutralisé. Dès lors que les clauses contraires du contrat sont suspendues, il n'y a pas de concours entre clauses conventionnelles et clauses contractuelles. Par conséquent, il n'existe plus aucune raison de résoudre un conflit de normes en appliquant le principe de faveur⁶. Afin de favoriser le développement de la mobilité interne et d'accorder aux entreprises davantage de flexibilité, la loi de sécurisation de l'emploi affirme la primauté de l'accord de mobilité interne sur le contrat de travail⁷. Mais cette prévalence n'est pas absolue puisque l'employeur doit recueillir l'accord du salarié pour mettre en œuvre une mesure de mobilité conventionnelle⁸. Le salarié peut par conséquent refuser l'application de l'accord à son contrat sans que ce refus soit considéré comme constitutif d'une faute. Il est à ce titre intéressant de souligner que si l'ANI du 11 janvier 2013 évoquait expressément la « *modification du contrat* » résultant de la proposition d'une

¹ H.-J. LEGRAND, « Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » : entre deux « frontières » de la négociation collective ? », Dr. soc. 2013, p. 245 ; en ce sens également P.-H. ANTONMATTEI, « Les nouvelles frontières de la négociation collective (A propos des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail après l'ANI du 11 janvier 2013) », Dr. soc. 2013, p. 241.

² G. BORENFREUND, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne. De l'ANI du 11 janvier 2013 à la loi », RDT 2013, p. 316.

³ Cass. soc., 25 févr. 1998, Bull. civ. V, n° 104 ; D. 1999. 105, obs. Y. SERRA ; Cass. soc., 25 févr. 2003, Bull. civ. V, n° 64.

⁴ En ce sens, G. BORENFREUND, art. préc. ; P.-H. ANTONMATTEI, art. préc. ; O. PICQUEREY et B. DEHAENE, art. préc. ; H.-J. LEGRAND, art. préc. ; M. MORAND, « L'adaptabilité contractuelle par l'accord collectif », SSL 2013, n° 1592.

⁵ J. ICARD, art. préc. ; S. BEAL, entretien préc.

⁶ J. ICARD, art. préc.

⁷ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁸ Art. L. 2242-23, C. trav.

mobilité interne¹, tel n'est pas le cas des dispositions légales. Les clauses contraires aux stipulations de l'accord de mobilité interne sont suspendues donnant lieu à une substitution temporaire des stipulations conventionnelles aux prévisions contractuelles², sans que le contrat de travail ne soit modifié...

À ce titre, la faculté de refus du salarié n'apparaît pas fondée sur le droit commun des contrats, mais semble relever davantage de sa liberté individuelle³. Souhaitant permettre aux employeurs de pouvoir en quelque sorte « imposer » des mesures de mobilité aux salariés par le biais des accords de mobilité interne en consacrant leur prévalence sur le contrat de travail, le législateur aurait pu « aller jusqu'au bout de sa logique » en affirmant que l'accord de mobilité interne ne modifiait pas le contrat comme il l'a déjà fait à deux reprises en matière de durée du travail. En effet, afin de faciliter l'abaissement conventionnel de la durée du travail de trente-neuf à trente-cinq heures, durée du travail que l'employeur ne peut modifier sans l'accord du salarié⁴, la loi Aubry II⁵ a prévu que « *La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail.* »⁶. De même, dans le souci de censurer la jurisprudence exigeant l'accord du salarié pour la mise en œuvre d'une modulation de son temps de travail⁷, la loi du 22 mars 2012 a introduit dans le Code du travail l'article L. 3122-6⁸. Il dispose que l'instauration par accord collectif d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas une modification du contrat de travail⁹. Toutefois, on comprend bien l'embarras du législateur : il eût été assez délicat d'affirmer que la mise en œuvre d'un accord de mobilité interne ne modifie pas le contrat alors même d'une part que peuvent être affectés deux éléments du socle contractuel (les fonctions et le secteur géographique) et d'autre part qu'est potentiellement atteint le droit fondamental du salarié au respect de sa vie privée et familiale et de son domicile¹⁰.

¹ ANI du 11 janv. 2013, préc. art. 15.

² F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

³ En ce sens, G. BORENFREUND, art. préc.

⁴ Cass. soc., 20 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 433 ; Dr. soc. 1998, p. 1045, obs. P. WAQUET.

⁵ Loi n° 2000-37, du 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, JO du 20 janv. 2000, p. 975.

⁶ Art. L. 1222-7, C. trav.

⁷ Cass. soc., 28 sept. 2010, Dr. soc. 2011, p. 151, note J. BARTHELEMY ; SSL 2010, n° 1464, p. 10, obs. F. FAVENNEC-HERY.

⁸ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF du 23 mars 2012, p. 5226.

⁹ Loi n° 2012-387, du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO du 23 mars 2012, p. 5326.

¹⁰ Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art. 8

Le législateur a ainsi pris le parti d'affirmer la primauté de la norme collective sur le contrat de travail en neutralisant le principe de faveur, tout en préservant la force obligatoire du contrat en évitant un forçage du consentement du salarié. Il ressort ainsi des dispositions relatives à l'application d'un accord de mobilité interne un bouleversement des rapports entre accord collectif et contrat de travail. Si la norme collective s'impose, la volonté individuelle permet de s'y soustraire. La faculté accordée au salarié de s'opposer à l'application d'un accord de mobilité interne traduit ainsi la divergence qui peut exister entre intérêt collectif des salariés et intérêt individuel, voire personnel, du salarié¹.

171. Procédure de mise en œuvre individuelle d'une mesure conventionnelle de mobilité interne. Outre le respect de son obligation d'information, lorsqu'il envisage de mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité, l'employeur doit rencontrer le salarié, *a priori* lors d'un entretien individuel, pour pouvoir prendre en compte ses contraintes personnelles et familiales². Pour minimiser les atteintes à la vie privée et familiale, il est donc impératif non seulement que soient définies des mesures collectives au stade de la négociation de l'accord³, mais aussi que le salarié soit consulté au stade de sa mise en œuvre pour que soit prise en compte sa situation personnelle. Cette « double précaution » se situe dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux clauses de mobilité qui ne doivent ni dans leur contenu, ni dans leur mise en œuvre porter une atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale du salarié⁴.

Dans le souci de permettre le respect de la vie personnelle et familiale du salarié, l'employeur est donc tenu de recevoir le salarié afin qu'il lui expose sa situation personnelle qu'il s'agisse d'évoquer ses charges de famille, le fait qu'il a des enfants en bas âge, un conjoint handicapé, des problèmes de santé, etc. Si cet entretien est impératif, l'obligation de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales du salarié ne constitue toutefois qu'une obligation de moyens⁵. L'employeur pourra ainsi proposer une mesure de mobilité interne à un salarié en dépit de sa situation familiale et personnelle contraignante. Il lui faudra tout de même être en mesure de prouver qu'il a bien pris en compte ces contraintes mais que des « *exigences professionnelles matériellement vérifiables par le juge et légitimes* » justifient

¹ En ce sens également, H.-J. LEGRAND, art. préc.

² Art. L. 2242-23, C. trav.

³ Art. L. 2242-22, C. trav.

⁴ Cass. soc., 13 janv. 2009, Dr. soc. 2009, p. 614, obs. C. RADÉ.

⁵ En ce sens, C. RADÉ, art. préc.

qu'il ait décidé de proposer la mesure de mobilité à ce salarié, en dépit de sa situation personnelle, parce qu'il est le plus qualifié ou expérimenté pour occuper le poste proposé au regard de la nature des tâches à accomplir et que la mesure de mobilité est « *proportionnée au but recherché* »¹. Il semble toutefois que si l'accord de mobilité interne institue un « ordre des mobilités », l'employeur devra en tout état de cause respecter les critères conventionnels. Au terme de cette phase de concertation destinée à permettre la prise en compte des contraintes personnelles et familiales du salarié, si l'employeur décide de mettre en œuvre la mobilité, il lui appartient de recueillir l'accord du salarié en respectant la procédure de modification du contrat de travail pour motif économique prévue à l'article L. 1222-6 du Code du travail.

Le recours à cette procédure est paradoxal à plus d'un titre. Il met en exergue la contradiction endogène au régime juridique des accords de mobilité interne. Leur prévalence sur le contrat de travail n'est pas absolue puisque bien que s'appliquant au contrat, l'accord du salarié est indispensable à leur mise en œuvre individuelle. Si la norme collective prime le contrat de travail, la volonté individuelle permet d'échapper à l'impérativité de l'accord collectif. De plus, il est relativement curieux de recourir à la procédure applicable en cas de proposition de modification du contrat pour un motif économique puisqu'aux termes de la loi, si le salarié accepte la mesure de mobilité interne, son contrat n'est pas modifié, les clauses contraires à l'accord étant simplement suspendues... Enfin, il est surprenant d'imposer à l'employeur le respect de cette procédure en matière de mobilité conventionnelle, cette procédure étant dédiée aux propositions de modification du contrat reposant sur un motif économique tel que défini à l'article L. 1233-3 du Code du travail. Or, dans la mesure où les accords de mobilité interne doivent être conclus « *dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* »², la proposition de mobilité ne peut par principe être fondée sur un motif économique tel que des difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Toutefois, il n'en reste pas moins que le motif de cette proposition est non inhérent à la personne du salarié.

172. Pour aussi incongru que soit le recours à la procédure de modification du contrat de travail pour motif économique, l'employeur qui décide de mettre en œuvre une mesure conventionnelle de mobilité interne est tenu de s'y plier. L'article L. 1222-6 du Code du travail dispose que « *Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du*

¹ Art. L. 1121-1 C. trav. ; C. RADÉ, art. préc. ; O. PICQUEREY et B. DEHAENE, art. préc.

² Art. L. 2242-21, C. trav.

contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. »¹. La Cour de cassation est intransigeante quant au respect formel de cette procédure en matière de modification fondée sur un motif économique. Cette intransigeance s'explique notamment parce que, à titre exceptionnel en droit, l'adage « qui ne dit mot consent » trouve ici une application. Nous ne saurions donc trop conseiller aux employeurs souhaitant mettre en œuvre une mesure de mobilité interne de respecter à la lettre le formalisme de l'article L. 1222-6 du Code du travail. Il semble en effet probable que la Cour de cassation soit tout aussi exigeante quant au respect de cette procédure lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre un accord de mobilité interne.

L'employeur doit donc proposer la mesure de mobilité interne en envoyant au salarié une lettre recommandée avec accusé de réception. À défaut de respecter ce formalisme, il ne devrait pouvoir se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la mesure de mobilité interne par le salarié². Il en ira certainement de même s'il omet de mentionner l'existence et la durée du délai de réflexion accordé au salarié³. Par ailleurs, il est essentiel que l'employeur indique dans la lettre recommandée non seulement les conséquences d'un éventuel refus, et notamment les dispositifs d'accompagnement et de reclassement prévus au bénéfice du salarié « réfractaire »⁴, mais également les mesures d'accompagnement de la mobilité (actions de formation, mesures d'aides à la mobilité géographique⁵, etc.). Il semble en effet que la jurisprudence en matière de proposition d'une modification pour motif économique soit transposable en matière de mobilité interne. Or la Cour de cassation exige que l'employeur informe le salarié « *de ses nouvelles conditions d'emploi comme des éventuelles mesures*

¹ C'est l'ordonnance du 12 mars 2014 qui a réduit à quinze jours le délai de réflexion accordé au salarié pour se prononcer sur une proposition de modification de son contrat pour un motif économique dans le cadre d'une procédure collective : Ordon. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO du 14 mars 2014, p. 5249.

² Telle est la position de la Cour de cassation en matière de proposition de modification du contrat pour un motif économique, position qui, nous semble-t-il, sera sûrement reprise en matière de proposition d'une mesure de mobilité interne. Cass. soc., 25 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 18.

³ Là encore, c'est la position de la Cour de cassation en matière de proposition de modification du contrat pour un motif économique, position qui semble transposable à l'hypothèse d'une proposition d'une mesure de mobilité interne. Cass. soc., 27 mai 2009, Bull. civ. V, n° 137.

⁴ Cass. soc., 1^{er} mars 2006, JCP S 2006, 1385.

⁵ Art. L. 2242-22, C. trav.

accompagnant cette modification afin de lui permettre de prendre position sur l'offre qui lui est faite en mesurant les conséquences de son choix »¹.

Afin de préserver le consentement du salarié, il est également indispensable que l'employeur respecte le délai d'un mois eu égard à la position de la Cour de cassation en matière de modification du contrat pour un motif économique. Celle-ci veille en effet au strict respect par l'employeur du délai d'un mois ou de quinze jours² qui constitue « *une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix* »³. Cette solution est pleinement justifiée au regard de la finalité du délai de réflexion qui est de protéger la partie la plus faible contre ses propres impulsions⁴. Ainsi, l'employeur ne saurait mettre en œuvre la procédure de licenciement avant l'expiration du délai même si le salarié a exprimé sans équivoque son refus⁵, sauf à priver de cause réelle et sérieuse la rupture⁶.

Toujours dans le souci de protéger le consentement du salarié, la jurisprudence estime que seule une réponse expresse et positive, ou le silence gardé par le salarié pendant plus d'un mois ou quinze jours, vaut acceptation de la modification proposée par l'employeur. Tel n'est pas le cas d'une réponse dilatoire ou conditionnelle, à l'instar d'une demande de prorogation qui constitue une réponse négative⁷. Cette jurisprudence devrait également être reprise en matière de mobilité interne.

173. Acceptation du salarié de la mesure de mobilité interne. Si le salarié accepte expressément la mesure de mobilité professionnelle et/ou géographique ou s'il ne s'y est pas opposé dans le délai d'un mois ou de quinze jours, l'accord de mobilité interne s'applique à son contrat. Il bénéficie à ce titre des garanties prévues par l'accord. Surtout, les clauses de son contrat contraires à l'accord de mobilité interne sont suspendues. Ce sera le cas de la clause relative à ses fonctions en cas de mobilité professionnelle, sans pour autant que sa

¹ Cass. soc., 30 janv. 2008, JCP E 2008, 1878, note S. BEAL. Elle approuve ainsi dans cet arrêt la Cour d'appel d'avoir déclaré sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié auquel l'employeur avait, pour des raisons économiques, proposé une mutation induisant une modification de son contrat sans lui avoir fourni « les renseignements relatifs à la prise en charge des frais qu'entraînait cette mutation ».

² Elle affirme à ce titre que « le salarié devant disposer d'un mois entier pour se prononcer, il en résulte que le délai expire à minuit le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le jour de la réception de la lettre recommandée contenant la proposition de modification », Cass. soc., 3 mars 2009, RJS 6/09, n° 499.

³ Cass. soc., 10 déc. 2003, Bull. civ. V, n° 313 ; JCP G 2004, I, 177, n° 5, obs. P. MORVAN.

⁴ En ce sens, F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n° 263.

⁵ Cass. soc., 10 déc. 2003, préc. ; Cass. soc., 22 nov. 2006, JCP S 2007, 1184, note B. BOSSU ; Cass. soc., 17 oct. 2007, JCP S 2008, 1079.

⁶ Cass. soc., 10 déc. 2003, préc.

⁷ Cass., avis, 6 juil. 1998, Bull. civ. avis n° 9 ; RJS 1998, n° 959 ; D. 1998, IR 207.

classification ou que sa rémunération ne puissent être affectées¹. Au titre des clauses qui devraient être vraisemblablement suspendues figurent également celles relatives au lieu de travail, les clauses de sédentarité ainsi que les clauses de mobilité. En effet, ces dernières devraient être jugées contraires à l'accord de mobilité interne dès lors que les zones contractuelles de mobilité diffèrent de la zone de mobilité définie par l'accord, et ce qu'elle soit plus ou moins étendue. La question de savoir si les clauses contractuelles de mobilité seront jugées contraires ou non à l'accord est loin d'être négligeable dans la mesure où le régime juridique applicable en cas de refus du salarié est très différent selon qu'il refuse une mobilité en application d'une clause de mobilité contractuelle ou en application d'un accord de mobilité interne². Dans le premier cas, son refus peut entraîner son licenciement pour faute alors que dans le second, son licenciement est légalement qualifié de licenciement pour motif économique. De plus, si la clause de mobilité contractuelle doit délimiter la zone de mobilité, elle n'a pas à prévoir de mesures destinées à la conciliation de la vie personnelle et de la vie professionnelle du salarié. À notre sens, les clauses contractuelles de mobilité devraient être suspendues en cas de conclusion d'un accord de mobilité interne³, mais il convient d'attendre une confirmation jurisprudentielle de cette position afin de lever tout doute sur cette question.

174. Incertitudes découlant du principe de la suspension des clauses contraires à l'accord. Le principe de la suspension des clauses du contrat contraires à l'accord de mobilité interne n'est pas sans soulever un certain nombre d'interrogations. Ce principe implique en quelque sorte une substitution *provisoire* des prévisions de l'accord de mobilité interne aux stipulations contractuelles contraires. Afin de préserver la force obligatoire du contrat face à l'accord collectif, le législateur a fait le choix d'écarter la modification du contrat pour lui préférer la suspension des clauses contraires à l'accord. Mais cela pose notamment la question de la durée de la suspension et des conséquences de sa cessation. En effet, seulement suspendues, les clauses contractuelles contraires à l'accord de mobilité interne sont appelées à terme à « reprendre effet ». Se pose donc la question de savoir ce qui marque le terme de cette suspension et le rétablissement des clauses suspendues par l'acceptation de la mesure conventionnelle de mobilité interne. Si l'accord de mobilité interne est conclu pour une durée déterminée, la survenance du terme de l'accord devrait mettre fin à la suspension des clauses contraires et le salarié devrait donc « réintégrer » le poste qui était le sien avant l'application

¹ Art. L. 2242-22, C. trav.

² P. LOKIEC, art. préc. ; S. BEAL, entretien préc.

³ En ce sens également, P. LOKIEC, art. préc.

de l'accord ainsi que son ancien lieu de travail. Cependant, les accords de mobilité interne peuvent être conclus pour une durée indéterminée... Dans ce cas cela signifie-t-il que les clauses contraires sont suspendues « *ad vitam* » tant que l'accord de mobilité interne est en vigueur ? La réponse semble être positive¹ et pourtant le contrat n'est pas modifié...

175. Par ailleurs, si l'accord est conclu pour une durée indéterminée, il est possible qu'il soit dénoncé ou mis en cause par une restructuration². Dans de telles hypothèses, le Code du travail prévoit un délai de survie de quinze mois maximum des effets de l'accord dénoncé ou mis en cause³. La suspension des clauses contraires étant un effet de l'accord de mobilité interne, cette suspension devrait se poursuivre pendant le délai de survie de l'accord. L'accord continue à produire effet tant qu'un accord de substitution n'est pas conclu. Si la conclusion d'un tel accord intervient il faudra impérativement que les partenaires sociaux règlent la situation des salariés ayant accepté une mesure de mobilité interne en application de l'accord dénoncé ou mis en cause au risque de voir naître un imbroglio juridique particulièrement complexe. Surtout, il appartiendra aux partenaires sociaux lors de la négociation des accords de mobilité interne de prendre en considération l'éventualité d'une dénonciation ou d'une mise en cause de l'accord et d'en régler les conséquences afin d'éviter la survenance de situations ubuesques.

176. D'autres situations juridiquement incongrues vont devoir être résolues. En effet, au terme de l'application de l'accord de mobilité interne, les clauses suspendues sont censées reprendre effet et le salarié réintégrer son ancien poste et son ancien lieu de travail. Que se passera-t-il si l'emploi en question n'existe plus ou si l'entreprise a fermé ou cédé l'établissement dans lequel travaillait le salarié avant d'accepter la mesure de mobilité interne⁴ ? Si à la cessation de l'application de l'accord de mobilité interne, l'ancien poste du salarié n'existe plus, la reprise d'effet des clauses contractuelles provisoirement suspendues est *de facto* impossible. L'employeur pourrait alors lui proposer de conserver le poste sur lequel il a été affecté « temporairement » en application de l'accord de mobilité interne qui a cessé de recevoir application. L'employeur proposerait donc au salarié une modification des

¹ En ce sens, S. BEAL, entretien préc.

² Art. L. 2261-10 (pour la dénonciation) et L. 2261-14 (pour la mise en cause) C. trav., sur la mise en cause des conventions et accords collectifs en cas de restructuration.

³ Art. L. 2261-10 (pour la dénonciation) et L. 2261-14 (pour la mise en cause) C. trav., sur la mise en cause des conventions et accords collectifs en cas de restructuration.

⁴ Et qu'il n'existe pas d'autres établissements de l'entreprise situés dans le même secteur géographique.

clauses de son contrat relatives à ses fonctions et/ou à son lieu de travail. Cette modification consistera en pratique à maintenir le salarié sur le poste sur lequel il est affecté, le cas échéant depuis plusieurs années, en application de l'accord qui a cessé de s'appliquer... Si en pratique on peut considérer que la modification est minime (voire inexistante) puisque cela fait déjà relativement longtemps que le salarié occupe le poste en question, juridiquement il existe incontestablement une modification du contrat... Et si le salarié qui avait accepté la mesure de mobilité sur ce poste notamment parce qu'elle devait être temporaire, comme pouvait lui laisser penser le principe de la suspension des clauses contraires, refuse la modification proposée comme il en a le droit¹, sur quel motif fonder son licenciement ? L'abus du droit de refuser une modification du contrat qui n'a pas de conséquences en pratique ? Il n'est pas sûr que cela convainque les juges...

Le principe de la suspension des clauses contraires du contrat appelées à « revivre » à l'issue de l'application de l'accord de mobilité interne n'est pas sans créer un certain nombre d'incertitudes et de questions. Il appartiendra aux partenaires sociaux dans le cadre de la négociation de l'accord de mobilité interne, et le cas échéant aux juges, d'y répondre. Si ces accords sont censés participer à la sécurisation de l'emploi, ils créent pour l'instant surtout une certaine insécurité juridique, qui ressort également de l'analyse des conséquences du refus par le salarié d'une mesure conventionnelle de mobilité interne. Ce refus peut entraîner son licenciement pour motif économique, licenciement sources de très nombreuses interrogations.

§ 4 – Le licenciement du salarié consécutif au refus de l'application de l'accord de mobilité interne.

177. De l'ANI à la loi, du motif personnel au motif économique. L'article 15 de l'ANI du 11 janvier 2013 stipule que « *Le refus par un salarié d'une modification de son contrat proposée dans les conditions définies au présent article n'entraîne pas son licenciement pour motif économique. Il s'agit d'un licenciement pour motif personnel ouvrant droit à des mesures de reclassement telles qu'un bilan de compétence ou un abondement du compte personnel de formation.* ». En retenant la qualification de licenciement pour motif personnel, les partenaires sociaux souhaitaient éviter à l'employeur d'avoir à respecter le droit du licenciement pour motif économique : obligation d'adaptation/reclassement préalable à la

¹ Art. 1134, C. civ.

rupture, procédure de grand licenciement collectif, obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi. Selon Alexandre FABRE, si la qualification de licenciement pour motif économique a été écartée dans l'ANI du 11 janvier 2013 c'est sans doute en raison de l'origine particulière de la rupture. Selon lui, dans l'esprit des signataires de l'ANI « Celle-ci ne résulte pas d'une suppression d'emploi, mais d'une modification du contrat de travail. De sorte que si la rupture intervient, c'est avant tout parce que le salarié a refusé de poursuivre son contrat aux nouvelles conditions. Pourquoi alors l'employeur devrait-il appliquer le droit du licenciement pour motif économique ? La rupture étant pour partie imputable au salarié, compte tenu de son refus, il serait logique d'y voir un licenciement pour motif personnel. »¹. Les partenaires sociaux estimaient que dans la mesure où l'objectif de l'employeur qui conclut un accord de mobilité interne est de préserver l'emploi, il n'y a pas de raison de lui imposer le respect du droit du licenciement pour motif économique. L'avant projet de loi du 11 février 2013 a repris ce principe en adoptant une formulation légèrement différente inspirée des dispositions de la loi Aubry II². L'avant projet énonçait ainsi que « *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 à leur contrat de travail, leur licenciement est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel* »³. Cette formulation reprenait ainsi l'idée sous-jacente de l'ANI du 11 janvier 2013⁴, selon laquelle la rupture du contrat n'était pas totalement étrangère au comportement du salarié. « Transparaissait ainsi l'idée qu'en refusant l'application de l'accord à son contrat de travail, le salarié n'aurait pas joué le jeu de la solidarité ; il aurait manqué en quelque sorte au bien commun, incarné dans l'accord collectif »⁵.

Cependant, écarter la qualification de licenciement économique alors même que la cause du licenciement ne peut être le refus de la mobilité (droit reconnu au salarié) mais réside dans la cause de la proposition de la modification c'est-à-dire la mise en œuvre de « mesures d'organisation courantes » est contraire au droit européen. Celui-ci retient la qualification de licenciement pour motif économique lorsque la rupture est fondée « *sur un motif non inhérent à la personne du salarié* »⁶. C'est pourquoi suivant les recommandations

¹ A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation - Une réforme peut en cacher une autre », RDT 2013, p. 184.

² Loi n° 2000-37, du 19 janv. 2000, préc.

³ Avant-projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, du 11 fév. 2013.

⁴ ANI du 11 janv. 2013, préc.

⁵ G. BORENFREUND, art. préc.

⁶ La directive du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs, qui par essence sont des licenciements pour motif économique, énonce « on entend par « licenciements collectifs » : les licenciements effectués par un

du Conseil d'Etat, le projet de loi présenté devant les députés a finalement retenu la qualification de licenciement pour motif économique¹. Il convient d'indiquer que le Conseil constitutionnel a jugé que la qualification légale de licenciement pour motif économique de la rupture du contrat consécutive au refus du salarié d'une mesure conventionnelle de mobilité interne est conforme à la Constitution et ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre². Toutefois, la formulation adoptée par le législateur figurant désormais à l'article L. 2242-23 du Code du travail n'est pas sans soulever un certain nombre d'interrogations.

178. Un licenciement qui « repose sur un motif économique ». L'article L. 2242-23 du Code du travail dispose que « *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne (...), leur licenciement repose sur un motif économique* ». Cette formulation pour le moins maladroite et ambiguë laisse place à deux interprétations. Soit le législateur a instauré une présomption de cause réelle et sérieuse du licenciement fondé sur le refus d'un salarié d'une mesure de mobilité prévue dans le cadre d'un accord de mobilité interne. Soit cette formule doit être lue à l'aune de la solution du Conseil constitutionnel relative à la recodification du Code du travail dans laquelle il affirme que « *l'emploi du présent de l'indicatif [a] valeur impérative* »³, ce qui signifierait que le licenciement *doit* reposer sur un motif économique. En d'autres termes, se pose la question de savoir si la formule retenue à l'article L. 2422-23 du Code du travail évoque la cause qualificative ou justificative⁴ du licenciement consécutif au refus du salarié d'une mesure de mobilité interne.

Certains auteurs estiment que le législateur s'est placé sur le terrain de la cause justificative du licenciement instaurant ainsi une présomption de cause réelle et sérieuse⁵, faisant ainsi obstacle à tout contrôle judiciaire de la cause du licenciement. Cependant, à

employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs », dir. 98/59/CE du 20 juil. 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE 12 août 1998, L. 225/16, art. 1^{er} § 1, a. Par ailleurs, l'article L. 1233-3 du Code du travail dispose également que « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié ».

¹ Projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, du 6 mars 2013, NOR : ETSX1303961L/Bleue-1.

² Cons. const., déc. n° 2013-672 DC, du 13 juin 2013, JO du 16 juin, p. 9976, cons. n° 21.

³ Cons. const., déc. n° 2007-561 DC, du 17 janv. 2008, JO du 22 janv. 2008, p. 1131.

⁴ Sur la distinction cause qualificative/cause justificative V. J. PELISSIER, « La cause économique du licenciement », RJS 1992, p. 527 ; J.-P. LABORDE, « La cause économique du licenciement », Dr. soc. 2002, p. 774.

⁵ B. TEYSSIE, « Vers un nouveau droit du travail ? – A propos de la loi du 14 juin 2013 », JCP G 2013, doctr. 854. Pour un développement des arguments susceptibles d'être invoqués à l'appui d'une telle thèse et la démonstration de leur caractère fallacieux, V. G. BORENFREUND, art. préc.

l'instar d'autres auteurs nous ne partageons pas ce point de vue¹. En effet, instituer une telle présomption et exclure la possibilité pour le salarié de contester en justice le fondement de son licenciement violerait nombre de textes supranationaux qu'il s'agisse de l'article 8§1 de la Convention n° 158 de l'OIT², de l'article 24 de la Charte sociale européenne³ ou encore des articles 30 et 47 de la Charte des droits européens fondamentaux de l'Union européenne⁴. Ces textes assurent une protection contre le risque de licenciement injustifié en garantissant au salarié le droit de recourir contre une telle mesure devant un organe impartial tel qu'un tribunal.

Par ailleurs, s'agissant du licenciement des salariés refusant l'application d'un accord de maintien de l'emploi qui selon la même formule que celle retenue à l'article L. 2242-23 du Code du travail « *repose sur un motif économique* »⁵, le Ministre du travail a affirmé que « les salariés qui refusent auront toujours la possibilité de contester leur licenciement devant le juge »⁶. On relèvera enfin que l'ANI du 11 janvier 2013, qui prévoyait que le licenciement du salarié refusant de se soumettre à un accord de maintien de l'emploi était justifié du seul fait de l'existence de l'accord (principe qui ne fut pas repris par le législateur pour les raisons précitées)⁷, ne soufflait mot de la justification du licenciement du salarié refusant la mise en œuvre de l'accord de mobilité interne⁸. Il semble donc acquis que lorsque l'article L. 2242-23 du Code du travail énonce que le licenciement du salarié ayant refusé une mesure de mobilité interne *repose sur un motif économique*, il est fait référence à la cause qualificative et non justificative du licenciement⁹.

179. Pour autant, une question, et non des moindres, reste en suspens : quel motif économique l'employeur va-t-il pouvoir invoquer à l'appui d'un tel licenciement ? La cause du licenciement ne peut pas, par définition, être un motif économique tel qu'il résulte de l'article L. 1233-3 du Code du travail et de son interprétation jurisprudentielle. Par essence, la conclusion d'un accord de mobilité interne doit avoir lieu en dehors de tout projet de

¹ G. BORENFREUND, art. préc. ; C. RADÉ, art. préc. ; P.-H. ANTONMATTEI, art. préc..

² Conv. OIT n° 158, adoptée le 22 juin 1982, Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, Entrée en vigueur le 23 nov. 1985, art. 8§1.

³ Charte sociale européenne, art. 24.

⁴ Charte des droits européens fondamentaux de l'Union européenne, JOCE du 18 déc. 2000, JOCE C 364/1, art. 30 et 47.

⁵ Art. L. 5125-2, C. trav.

⁶ M. SAPIN, LSQ 2013, n° 16300

⁷ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 18.

⁸ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 15.

⁹ En ce sens également, G. BORENFREUND, art. préc. ; C. RADÉ, art. préc.

réduction des effectifs. Ceci exclut en toute logique l'existence de difficultés économiques, de mutations technologiques, de la nécessité de sauvegarder la compétitivité, ou encore de la cessation d'activité de l'entreprise. En réalité, le motif du licenciement du salarié ayant refusé l'application de l'accord de mobilité à son contrat est la cause de la proposition de mobilité qui lui a été faite, à savoir la mise en œuvre « de mesures collectives d'organisation courantes ». La présence de l'adverbe « *notamment* » dans l'article L. 1233-3 du Code du travail a permis au juges de dégager des motifs économiques non visés par le texte tels que la sauvegarde de la compétitive ou la cessation d'activité. Les juges estimeront-ils, sur le fondement de cet adverbe, que la mise en œuvre de mesures collectives d'organisation courantes prévues conventionnellement peut constituer un motif économique réel et sérieux de licenciement¹ ? Sommes-nous en présence d'un motif de licenciement *sui generis* comme le suggèrent certains auteurs² ? Tel semble être le cas à notre sens. En tout état de cause, sans le dire, le législateur a en quelque sorte implicitement modifié la définition du licenciement pour motif économique. Celui-ci pourrait désormais être justifié par la mise en œuvre de mesures collectives d'organisation courantes prévues dans le cadre d'un accord de mobilité interne. Or, le prononcé d'un licenciement pour motif économique devait jusqu'alors correspondre à une situation « de crise » et ne pouvait en aucun cas être utilisé comme un mode de gestion ordinaire des ressources humaines... Il est de ce point de vue assez paradoxal que le Chapitre III de la loi de sécurisation de l'emploi intitulé « *Favoriser l'anticipation négociée des mutations économiques pour développer les compétences, maintenir l'emploi et encadrer les licenciements économiques* »³ crée un nouveau type de licenciement pour motif économique⁴...

180. Un licenciement prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel.

L'article L. 2242-23 du Code du travail énonce que lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat d'un accord de mobilité interne, leur licenciement « *est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique* ». Assisterait-on à la renaissance de la très éphémère jurisprudence *Petit Bateau* selon laquelle le licenciement de plusieurs salariés suite à leur refus d'une modification de leur contrat pour motif économique

¹ Question soulevée également par P. LOKIEC, art. préc. ; P.-H. ANTONMATTEI, art. préc..

² En ce sens, C. RADÉ, art. préc.

³ Loi n° 2014-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ En ce sens également, F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

constitue « *une somme de licenciements individuels* »¹, jurisprudence censurée par la loi du 29 juillet 1992² ? En tous cas, l'objectif du législateur est clair : éviter à l'employeur d'avoir à respecter la procédure de licenciement collectif et notamment d'avoir éventuellement à établir un plan de sauvegarde de l'emploi³. L'exclusion du droit du licenciement collectif constitue l'un des intérêts principaux de la conclusion d'un accord de mobilité interne, mais semble contraire aux prescriptions du droit européen⁴. La procédure de licenciement collectif, et principalement celle de grand licenciement collectif prononcé dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, est depuis de nombreuses années l'objet de vives critiques, singulièrement dans les milieux patronaux.

Accusée notamment de retarder la mise en œuvre des restructurations nécessaires à la survie de l'entreprise, ou encore d'être une source d'insécurité juridique, cette procédure a été profondément réformée par la loi de sécurisation de l'emploi qui a consacré⁵, plus ou moins fidèlement, les souhaits formulés en la matière par les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2013⁶. Il n'est donc pas surprenant que cette loi s'inscrive dans le mouvement qui depuis une dizaine d'années tend à réduire le champ d'application de cette procédure tant décriée⁷. Les licenciements des salariés ayant refusé l'application d'un accord de mobilité interne sont donc prononcés selon les modalités d'un licenciement pour motif économique individuel, quel que soit le nombre de refus opposés à l'employeur. Celui-ci devra donc respecter la procédure individuelle de licenciement impliquant notamment la tenue d'un

¹ Cass. soc. 9 oct. 1991, Bull. civ. V, n° 399 ; D. 1992, 127, note N. DECOOPMAN ; D. 1992, Somm. 291, obs. A. LYON-CAEN.

² Loi n° 92-722, du 29 juil. 1992, portant adaptation de la loi no 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle, JO du 30 juil. 1992, p. 10215, art. 26. En effet, cette loi afin de censurer la jurisprudence *Petit bateau* introduisit dans le Code du travail l'ancien article L. 321-1-2, transféré par la suite à l'article L. 321-1-3 par la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993. Ce texte prévoyait que lorsque plusieurs salariés refusaient une modification de leur contrat reposant sur un motif économique, leurs licenciements étaient soumis aux dispositions relatives au licenciement collectif.

³ C. RADÉ, art. préc. ; J. KRIVINE, art. préc. ; S. BEAL, entretien préc. ; A. FABRE, art. préc. ; G. BORENFREUND, art. préc.

⁴ Sur les doutes quant à la conformité au droit européen de l'éviction du droit des licenciements collectifs, V. G. BORENFREUND, art. préc. ; et M. MORAND, art. préc. il conclut pour sa part à la conformité au droit européen.

⁵ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁶ ANI du 11 janv. 2013, préc.

⁷ En effet depuis une dizaine d'années, le champ d'application de la procédure de grand licenciement collectif ne cesse d'être réduit, qu'il s'agisse de la censure de la jurisprudence *Framatome* et *Majorette* par la loi de 2005 (Depuis la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 (Loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005, préc.), la procédure de licenciement collectif doit être engagée lorsque dix salariés au moins ont refusé une modification de leur contrat pour motif économique (art. L. 1233-25 C. trav.) et non plus dès que l'employeur leur propose la modification (Cass. soc. 3 déc. 1996, *Framatome*, Bull. civ. V, n° 411 (1^{er} arrêt) ; GADT, 4^{ème} éd., n° 109), de l'exclusion jurisprudentielle de l'application aux « plans de départs volontaires » de certaines des règles relatives aux licenciements collectifs (Cass. soc., 26 oct. 2010, Bull. civ. V, n° 245 ; Dr. soc. 2010, p. 1164, note F. FAVENNEC-HERY), ou encore de la soustraction légale des ruptures conventionnelles à l'ensemble du droit du licenciement pour motif économique (art. L. 1233-3, al. 2, C. trav.) ;

entretien préalable¹. En revanche, le salarié licencié à la suite de son refus de la mesure de mobilité interne ne pourra pas se prévaloir auprès de l'employeur de l'obligation de reclassement et d'adaptation préalable à tout licenciement pour motif économique telle qu'elle résulte du droit commun de l'article L. 1233-4 du Code du travail, obligation qui découle et participe donc à l'effectivité du droit constitutionnel à l'emploi². L'employeur devra simplement se conformer à l'obligation de reclassement telle qu'elle aura été définie par les partenaires sociaux autorisés à adapter son champ d'application et ses modalités dans le cadre de l'accord de mobilité interne³. Il devra également respecter l'ersatz de plan de sauvegarde de l'emploi que constituent les mesures d'accompagnement et de reclassement que l'accord de mobilité interne doit obligatoirement prévoir⁴. Enfin, il lui appartiendra de proposer au salarié le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle⁵ ou d'un congé de reclassement⁶ et il sera tenu de respecter la priorité de réembauche offerte à tous les salariés licenciés pour motif économique⁷.

En apparence, le licenciement pour motif économique de plusieurs salariés à la suite de leur refus d'une mesure de mobilité conventionnelle devrait donc permettre à l'employeur d'échapper au respect du droit du licenciement collectif. Mais la situation est en réalité plus complexe dans la mesure où l'éviction du droit des licenciements collectifs résultant de l'article L. 2242-23 du Code du travail paraît contraire au droit européen.

181. Non-conformité au droit européen de l'éviction du droit des licenciements collectifs⁸. Il est *a priori* difficile de concevoir que plusieurs licenciements fondés sur la même cause non-inhérente à la personne des salariés, à savoir la mise en œuvre « *de mesures collectives d'organisation courantes* » refusée par plusieurs salariés, ne constituent pas un licenciement collectif et ce d'autant que le droit européen définit les licenciements collectifs comme ceux « *effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs* »⁹. Si la directive du 20 juillet 1998 laisse une certaine latitude aux

¹ Art. L. 1233-11 et s. C. trav.

² Cons. const., n° 2044-509 DC, du 13 janv. 2005, JO du 19 janv. 2005, p. 896.

³ Art. L. 2242-23, C. trav.

⁴ Art. L. 2242-22, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-65 s., C. trav.

⁶ Art. L. 1233-71 s., C. trav.

⁷ Art. L. 1233-45, C. trav.

⁸ Sur les doutes quant à la conformité au droit européen de l'éviction du droit des licenciements collectifs, V. G. BORENFREUND, art. préc. ; et M. MORAND, art. préc. qui conclut pour sa part à la conformité au droit européen.

⁹ Dir. 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 1^{er}, 1, a).

États membres pour déterminer le nombre de licenciements impliquant le respect de ses dispositions, elle précise qu'elle a notamment vocation à s'appliquer lorsque le nombre de licenciements sur une période de trente jours est au moins égal à dix dans les établissements employant entre cinquante et cent salariés¹.

Lorsque l'employeur s'apprête à licencier au moins dix salariés ayant refusé une mesure de mobilité conventionnelle, il devrait donc, à notre sens, en application du droit européen, respecter les dispositions relatives droit des grands licenciements collectifs concernant au moins dix salariés sur une période de trente jours². De ce point de vue, la directive impose trois obligations principales à l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement collectif. Il lui appartient en premier lieu d'informer les représentants des travailleurs sur les motifs du projet de licenciement et ses modalités de mise en œuvre³, et de les consulter en temps utile sur le projet de licenciement⁴. En second lieu, l'employeur est tenu de prévoir des mesures tendant à éviter le prononcé des licenciements ou à en limiter le nombre et d'envisager des mesures sociales d'accompagnement visant notamment à l'aide à la réinsertion ou à la reconversion des salariés licenciés, mesures qui doivent être l'objet d'une consultation des représentants des salariés⁵. En troisième et dernier lieu, lorsqu'il compte mettre en œuvre un projet de licenciement collectif, l'employeur doit notifier à l'autorité administrative compétente ledit projet et l'ensemble des renseignements transmis aux représentants du personnel⁶.

¹ La directive prévoit ainsi qu'« on entend par « licenciements collectifs »: les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents la personne des travailleurs lorsque le nombre de licenciements intervenus est, selon le choix effectué par les États membres :

i) soit, pour une période de trente jours:

- au moins égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs,
- au moins égal à 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs,
- au moins égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs;

ii) soit, pour une période de quatre-vingt-dix jours, au moins égal à 20, quel que soit le nombre des travailleurs habituellement employés dans les établissements concernés; » ; Dir. 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 1^{er}, 1, a).

² Art. L. 1233-24-1 et s. C. trav.

³ L'article 2, § 3, de la directive du 20 juillet 1998 dispose ainsi qu'afin de permettre aux représentants des travailleurs de formuler des propositions constructives, l'employeur est tenu, en temps utile au cours des consultations de leur fournir tous renseignements utiles et de leur communiquer, en toute hypothèse, par écrit les motifs du projet de licenciement, le nombre et les catégories des travailleurs à licencier, le nombre et les catégories des travailleurs habituellement employés, la période au cours de laquelle il est envisagé d'effectuer les licenciements, les critères envisagés pour le choix des travailleurs à licencier dans la mesure où les législations et/ou pratiques nationales en attribuent la compétence à l'employeur, la méthode de calcul envisagée pour toute indemnité éventuelle de licenciement autre que celle découlant des législations et/ou pratiques nationales.

⁴ Dir. 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 2, § 1.

⁵ Dir. 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 2, § 2.

⁶ Dir. 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 3.

Le régime des licenciements consécutifs au refus par plusieurs salariés d'une mesure de mobilité conventionnelle ne nous semble donc pas conforme aux dispositions de la directive. Ainsi, l'obligation d'informer et de consulter les travailleurs sur le projet de licenciement n'est par principe pas satisfaite. En effet, si le comité d'entreprise doit être consulté au titre de ses attributions générales et en application de la jurisprudence *EDF* à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord de mobilité interne¹, l'accord ne constitue pas, par principe, un projet de licenciement puisqu'il doit être conclu « *dans le cadre de mesures collectives d'organisation courante sans projet de réduction d'effectifs* »... Cette consultation, tout comme la négociation de l'accord de mobilité interne ne portent pas, par définition, sur un projet de licenciement, et ne satisfont dès lors pas aux obligations prescrites par la directive en cas de licenciement collectif.

En revanche, dans la mesure où la négociation d'un accord de mobilité interne est censée se dérouler en dehors de tout projet de réduction des effectifs et que l'accord doit prévoir des mesures d'accompagnement des salariés licenciés qui s'opposeraient à la mobilité, on pourrait considérer que la seconde obligation relative à la prévision de mesures sociales d'accompagnement imposée par la directive semble dans une certaine mesure satisfaite. Et ce, même si les mesures prévues par l'accord ne sont, par définition, pas déterminées dans le cadre d'une consultation relative à un projet de grand licenciement collectif...

Cependant, dans la mesure où l'article L. 2242-23 du Code du travail prévoit que les salariés ayant refusé une mesure de mobilité interne prévue par l'accord sont licenciés selon les modalités d'un licenciement individuel, l'autorité administrative ne bénéficiera d'aucune information relative à ces ruptures. En droit français, l'information de l'Administration du travail est réservée aux seuls licenciements collectifs. On ne saurait par conséquent exclure, loin s'en faut, l'éventualité que les juges décident d'imposer le respect du droit des licenciements collectifs en cas de refus par plusieurs salariés d'une mesure de mobilité conventionnelle en se fondant sur les dispositions de la directive du 20 juillet 1998². Si tel était le cas, le dispositif des accords de mobilité interne perdrait une part de son attractivité puisque les employeurs seraient tenus de se conformer au droit des grands licenciements collectifs. Ces accords conserveront en tout état de cause l'intérêt, non négligeable, d'éluder le respect l'obligation légale de reclassement, et notamment de son périmètre, l'employeur étant simplement tenu de respecter les stipulations conventionnelles y afférentes... Il

¹ Art. L. 2323-6, C. trav. ; Cass. soc., 5 mai, 1998, Bull. civ. V, n° 219 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 159, préc.

² En ce sens également, G. BORENFREUND, art. préc. ; *contra*, M. MORAND, art. préc.

convient d'attendre une décision de la Cour de cassation relative à l'application du droit des licenciements collectifs en cas de licenciements consécutifs au refus par plusieurs salariés d'une mesure conventionnelle de mobilité interne. Une décision pourrait également être rendue par la CJUE, saisie d'une question préjudicielle sur la conformité (ou la non-conformité) des articles L. 2242-21 et suivants du Code du travail aux dispositions de la directive du 20 juillet 1998¹.

Alors même qu'il déroge au droit commun des licenciements pour motif économique dans ses principes les plus fondamentaux, le licenciement consécutif au refus d'une mesure conventionnelle de mobilité interne est légalement qualifié de licenciement reposant sur un motif économique. La création d'un type de licenciement pour motif économique d'un genre nouveau, censé échapper au droit du licenciement collectif, laisse donc planer un certain nombre d'incertitudes sur l'étendue et les modalités du contrôle judiciaire dont il pourrait être l'objet.

§ 5 – Le contrôle judiciaire des licenciements consécutifs au refus d'une mesure conventionnelle de mobilité interne.

182. Les conséquences du refus d'une mesure conventionnelle de mobilité interne telles que définies à l'article L. 2242-23 du Code du travail font en réalité apparaître un nouveau type de licenciement pour motif économique. On assiste ainsi à une réforme implicite du droit du licenciement pour motif économique par la création d'un nouveau motif économique de licenciement dont le prononcé donne lieu à des conséquences, notamment en termes de reclassement, différentes de celles résultant du droit commun. Face à ce nouveau type de rupture, le contrôle judiciaire du licenciement pour motif économique va devoir être en quelque sorte réinventé².

Un salarié licencié suite au refus d'une mesure de mobilité conventionnelle devrait pouvoir saisir le conseil de prud'hommes pour contester la cause de la rupture de son contrat.

¹ Dir. 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc.

² S. BEAL, entretien préc.

D'une part, nombre de textes supranationaux garantissent au salarié un droit de recours relatif à la justification de son licenciement¹. D'autre part le législateur n'évoque à notre sens que la cause qualificative du licenciement et non sa cause justificative². Nous ne partageons donc pas le point de vue des auteurs qui considèrent que la seule conclusion de l'accord de mobilité interne atteste de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement³. Néanmoins, le motif fondant la rupture ne peut être « un motif économique traditionnel ». Dès lors, deux options s'offrent aux juges : soit considérer sur le fondement de l'adverbe « *notamment* » de l'article L. 1233-3 que « *les mesures collectives d'organisation courantes* » prévues dans le cadre d'un accord de mobilité interne constituent un nouveau motif économique de licenciement ; soit qu'ils sont en présence d'un motif de licenciement *sui generis* résultant du refus d'une mesure de mobilité interne conventionnelle. Dans un cas comme dans l'autre, il va leur falloir s'assurer que ce motif est bien réel et sérieux et donc procéder à un certain nombre de vérifications. Les juges devront contrôler non seulement que les exigences légales relatives aux conditions de conclusion d'un accord de mobilité interne et à son contenu ont bien été respectées (A), mais également que l'employeur s'est conformé aux dispositions légales relatives à sa mise en œuvre individuelle (B).

A - Le contrôle judiciaire de la conformité de l'accord de mobilité interne aux exigences légales.

183. Appelé à contrôler la cause du licenciement d'un salarié qui s'est opposé à l'application de l'accord de mobilité interne à son contrat, le juge devra s'assurer que l'accord satisfait bien aux exigences des articles L. 2242-21 et suivants du Code du travail. Il est possible d'envisager que la jurisprudence relative au refus du salarié de la réduction de sa durée du travail en application d'un accord collectif soit transposée aux accords de mobilité interne⁴. En matière d'accords relatifs à la réduction de la durée du travail conclus en application de la loi Aubry II⁵, la Cour de cassation estime que le refus du salarié de la modification de son contrat résultant de cet accord ne peut constituer une cause réelle et

¹ Conv. OIT n° 158, adoptée le 22 juin 1982, Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. Entrée en vigueur le 23 nov. 1985, art. 8§1 ; Charte sociale européenne, art. 24. ; Charte des droits européens fondamentaux de l'Union européenne, JOCE du 18 déc. 2000, JOCE C 364/1, art. 30 et 47.

² En ce sens également, G. BORENFREUND, art. préc. ; C. RADÉ, art. préc.

³ O. PICQUEREY et B. DEHAENE, art. préc.

⁴ En ce sens, C. RADÉ, art. préc. ; P.-H. ANTONMATTEI, art. préc.

⁵ Loi n° 2000-37, du 19 janv. 2000, préc.

sérieuse de licenciement qu'à la stricte condition que l'accord soit conforme aux exigences légales¹.

Il nous semble par conséquent que le refus du salarié de l'application à son contrat d'un accord de mobilité interne non conforme aux dispositions des articles L. 2242-21 et suivants du Code du travail devrait être dépourvu de cause réelle et sérieuse. Le conseil de prud'hommes saisi d'une contestation relative au licenciement d'un salarié suite à son refus d'une mobilité conventionnelle devra vérifier que l'accord de mobilité interne remplit bien toutes les conditions légales. Il lui faudra ainsi s'assurer d'une part que l'accord a bien été conclu selon les règles du droit commun applicables aux conventions et accords collectifs d'entreprise telles qu'elle résultent de l'article L. 2232-12 du Code du travail². D'autre part, il devra contrôler que l'accord a bien été conclu pour mettre en œuvre des mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs. Il lui faudra donc s'assurer que l'employeur n'a pas recouru à des licenciements pour motif économique, plan de départs volontaires et autres mesures entraînant une compression des effectifs dans un délai proche de la conclusion de l'accord³. Si tel était le cas, non seulement la rupture serait privée de cause réelle et sérieuse, mais surtout elle devrait être pleinement soumise au droit du licenciement pour motif économique. Ceci pourrait éventuellement entraîner son annulation, faute pour l'employeur d'avoir respecté l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi qui pesait, le cas échéant, sur lui...

Par ailleurs, les juges devront vérifier que l'accord de mobilité interne délimite la zone de mobilité conventionnelle s'étendant au-delà de la zone d'emploi du salarié et que cette dernière a bien été fixée dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié. En outre, il appartiendra aux juges de contrôler que l'accord prévoit réellement des mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé ainsi que des mesures d'accompagnement à la mobilité. Ils devront également s'assurer que l'accord contient des mesures d'accompagnement et de reclassement tendant effectivement à faciliter la réinsertion

¹ Cass. soc. 23 sept. 2009, Bull. civ. V. n° 201 ; RJS 2009, n° 944 ; Dr. ouvrier 2010, p. 57, obs. M.-P. ITURRIOZ.

² L'article L. 2232-12 du Code du travail dispose que « la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives avant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives avant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants. L'opposition est exprimée dans un délai de huit jours à compter de la date de notification de cet accord, dans les conditions prévues à l'article L. 2231-8 [du Code du travail]. »

³ Délai qu'il reviendra à la jurisprudence de déterminer.

professionnelle des salariés licenciés suite à leur refus de la mesure de mobilité, et que l'adaptation conventionnelle de l'obligation de reclassement n'en réduit pas excessivement l'effectivité. Enfin, le conseil de prud'hommes devra vraisemblablement vérifier non seulement que l'accord garantit l'intangibilité du niveau de rémunération du salarié et de sa classification, mais également qu'il tend à garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle. Si l'accord ne remplit pas l'ensemble de ces conditions, le licenciement devrait être dépourvu de cause de réelle et sérieuse. Plus encore, s'il méconnaît les conditions légales de conclusion ou les exigences relatives à son contenu, les licenciements consécutifs au refus des salariés ne devraient pas relever du régime spécifique de l'article L. 2242-23 du Code du travail. Ils devraient être soumis à l'application pleine et entière du droit commun du licenciement pour motif économique, et notamment à l'obligation de reclassement telle qu'elle résulte des articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail. La soumission des ruptures au droit commun du licenciement pour motif économique pourrait avoir des conséquences particulièrement lourdes pour l'entreprise, notamment si elle compte au moins cinquante salariés dont dix ont refusé une mesure de mobilité interne. Dans ce cas, en effet, l'employeur, qui n'aura pas établi de plan de sauvegarde de l'emploi, s'expose à l'annulation des licenciements...

Il est indispensable que l'accord de mobilité interne satisfasse aux exigences légales, non seulement pour que les licenciements soient soumis au régime dérogatoire au droit commun des licenciements collectifs, mais également pour qu'ils soient justifiés. De surcroît, l'existence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement du salarié ayant refusé une mesure conventionnelle de mobilité exige également que l'employeur ait respecté les conditions individuelles de mise en œuvre de l'accord.

B – Le contrôle judiciaire des conditions individuelles de mise en œuvre de l'accord.

184. Saisis d'une contestation relative au licenciement d'un salarié ayant refusé une mesure conventionnelle de mobilité interne, les juges devront contrôler que les conditions légales de mise en œuvre individuelle de l'accord ont bien été satisfaites. Il semble ainsi que si l'employeur n'a pas informé personnellement chaque salarié concerné de l'existence de l'accord et de son contenu ou qu'il n'a pas concerté le salarié pour prendre en considération

ses contraintes personnelles et familiales, son licenciement devrait être dépourvu de cause réelle et sérieuse. Ces obligations de forme ayant pour but de garantir le respect de la vie personnelle et familiale du salarié, elles devraient par conséquent être considérées par la Cour de cassation comme constituant des garanties de fond dont la violation prive la rupture de cause réelle et sérieuse. En outre, il appartient juges de vérifier que le formalisme de la procédure instaurée à l'article L. 1222-6 du Code du travail a strictement été respecté par l'employeur.

185. Par ailleurs, les juges devront s'assurer que la mesure de mobilité interne refusée par le salarié était bien conforme aux prévisions de l'accord de mobilité interne, qu'il s'agisse du respect de la zone de mobilité conventionnelle, des mesures conventionnelles tendant à assurer la conciliation entre sa vie professionnelle et sa vie privée, ou encore de l'intangibilité de sa rémunération et de sa classification. Il appartiendra aussi dans ce cadre au conseil de prud'hommes de contrôler que des mesures d'accompagnement de la mobilité lui ont été proposées, qu'il s'agisse des actions de formation ou des aides à la mobilité géographique prévues par l'accord.

Si l'accord instaure des critères et un ordre des mobilités, le juge pourra être amené à examiner leur respect. Dans ce cas, en revanche, le manquement de l'employeur peut ne pas priver le licenciement de cause réelle et sérieuse. Le non respect de cet ordre des mobilités pourrait simplement donner lieu à une indemnisation du préjudice subi par le salarié, à l'instar de ce que décide la Cour de cassation en cas de non respect de l'ordre des licenciements¹.

En outre, les juges devront vérifier que la mise en œuvre de la mesure de mobilité interne refusée par le salarié et ayant conduit à son licenciement ne procède pas d'un contournement de l'accord en contribuant en pratique à une réduction des effectifs. La mise en œuvre de l'accord de mobilité interne devra donc s'être véritablement réalisée « *à effectif constant* ». Cela implique de s'assurer notamment que le licenciement du salarié a bien été compensé par une embauche pour pourvoir l'emploi qui lui était proposé au titre de l'accord de mobilité interne². À défaut, le licenciement du salarié consiste en un contournement de

¹ La Cour de cassation affirme ainsi que l'inobservation de l'ordre des licenciements n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 20 janv. 1998, Bull. civ. V. n° 20). Toutefois elle estime que cette illégalité entraîne un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de l'emploi, préjudice qui doit être intégralement réparé, selon son étendue (Cass. soc., 14 janv. 1997, Bull. civ. V. n° 16 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 112).

² En ce sens, S. BEAL, entretien préc. ; J. KRIVINE, art. préc. ; S. PELICIER LOEVENBRUCK et G. FREREJACQUES, art. préc.

l'accord de mobilité interne censé s'appliquer en dehors de toute compression d'effectifs, et devrait donc pleinement relever du droit commun du licenciement pour motif économique.

Pourra également être contrôlée l'absence d'atteinte excessive au droit du salarié à mener une vie personnelle et familiale normale. L'employeur devra à ce titre être en mesure de prouver devant le conseil de prud'hommes que l'atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié résultant de la proposition de mobilité interne est justifiée au regard des fonctions du salarié et proportionnée au but recherché. Dans le cas contraire, et à l'instar des positions jurisprudentielles adoptées en matière de mise en œuvre d'une clause de mobilité, le licenciement devrait être jugé comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse¹.

Enfin, le juge devra être mis en mesure par l'employeur de constater qu'il a bien proposé au salarié les mesures d'accompagnement et de reclassement prévues par l'accord et qu'il a bien satisfait à l'obligation préalable de reclassement telle qu'elle résulte des dispositions de l'accord de mobilité interne.

186. Le licenciement du salarié ayant refusé une mesure conventionnelle de mobilité interne est légalement qualifié de licenciement reposant sur un motif économique. Pour autant, le contrôle judiciaire de la cause d'un tel licenciement devrait fondamentalement différer du contrôle « traditionnel » des licenciements pour motif économique tel que défini par l'article L. 1233-3 du Code du travail. Cela ne saurait surprendre dans la mesure où, au travers des dispositions relatives aux conséquences du refus du salarié d'une mesure de mobilité interne, la loi de sécurisation de l'emploi², sans le dire, procède en quelque sorte à une redéfinition du droit du licenciement pour motif économique. Elle instaure un nouveau type de licenciement pour motif économique, fondé sur un motif *sui generis*, qui échappe non seulement au droit des licenciements collectifs mais également au droit commun du licenciement pour motif économique s'agissant notamment de l'obligation de reclassement préalable à la rupture.

Tacitement, le droit du licenciement pour motif économique se trouve profondément remis en question par l'instauration des accords de mobilité interne³ qui s'inscrivent pleinement dans la mouvance actuelle de procéduralisation conventionnelle et de décentralisation du droit du travail⁴. La loi de sécurisation de l'emploi se contente en effet de

¹ En ce sens, O. PICQUEREY et B. DEHAENE, art. préc. ; C. RADÉ, art. préc.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ Et plus encore par l'instauration des accords de maintien de l'emploi.

⁴ En ce sens, J. ICARD, art. préc.

définir le cadre dans lequel les accords de mobilité interne vont permettre aux partenaires sociaux de déroger *in pejus* au droit du licenciement pour motif économique, en privant les salariés d'un certain nombre de garanties offertes par son application. L'objectif de la création des accords de mobilité interne est d'offrir aux employeurs plus de flexibilité dans la gestion des ressources humaines en favorisant la mobilité. Leur analyse révèle sans grande surprise que l'accroissement de la flexibilité résulte essentiellement de la mise à l'écart du droit commun du licenciement pour motif économique.

Si le dispositif des accords de mobilité interne est censé s'inscrire dans une logique d'anticipation des mutations économiques et de gestion prospective des ressources humaines afin d'offrir davantage de flexibilité aux entreprises dans l'utilisation du facteur travail, en dehors de tout projet de compression d'effectif, paradoxalement, leur application peut en pratique se traduire par le prononcé immédiat de licenciements pour motif économique d'un genre nouveau.

CONCLUSION DU CHAPITRE

187. Faute de pouvoir agir sur les restructurations relevant de la seule décision des dirigeants de l'entreprise fondée sur des logiques économiques et entrepreneuriales sans que la préservation de l'emploi ne constitue une variable à prendre impérativement en considération lors de la définition du projet, le droit social encourage le dialogue social en amont de ces opérations. Une négociation sur la gestion prospective des ressources humaines est à cet égard susceptible d'atténuer l'impact potentiellement néfaste des restructurations sur l'emploi en contribuant à la sécurisation des parcours professionnels des salariés. Elle favorise l'anticipation du risque d'un futur sureffectif et permet la mise en œuvre de mesures afin d'y faire face « en douceur ». Ainsi, exemple, pourra être négocié un plan de départs volontaires, accompagnés de mesures de formation, plan qui échappera à l'ensemble du droit du licenciement pour motif économique...

La promotion de la négociation collective « à froid » doit en principe permettre l'instauration de dispositifs de nature à assurer l'adéquation entre les ressources actuelles de l'entreprise et ses besoins futurs en termes d'emplois, de métiers, de qualifications et de compétences. Les organisations syndicales sont ainsi invitées, si ce n'est à participer à la gestion de l'entreprise, à prendre part à la gestion des ressources humaines et de l'emploi. L'anticipation des mutations économiques, la prévision des futurs besoins de l'entreprise en termes d'emplois et de compétences au regard des orientations stratégiques définies par la direction, le développement des qualifications et compétences requises au regard de cette stratégie par la mise en œuvre de mesures de formation ou de mobilité développant l'employabilité des salariés, peuvent s'avérer efficaces pour préserver l'emploi face à une restructuration.

L'efficience de la GPEC repose sur la responsabilisation de tous les acteurs de l'entreprise. L'employeur doit ainsi assumer sa responsabilité sociale en permettant aux salariés d'acquérir les qualifications nécessaires à leur maintien dans l'emploi. Les organisations syndicales doivent prendre une part active dans la définition des politiques de gestion prospective des ressources humaines. Elles doivent aussi s'assurer que tous les moyens à même d'assurer le développement de l'employabilité des salariés sont mis en œuvre. Quant aux salariés, il leur appartient d'être acteurs de la construction de leur carrière

en prenant des initiatives de nature à enrichir leurs compétences et en saisissant les possibilités d'évolution professionnelle qui s'offrent à eux.

188. Parce que la mobilité tant professionnelle que géographique constitue un moyen de « sécuriser le parcours professionnel des salariés », la loi du 14 juin 2013 a permis la conclusion d'accords de mobilité interne. Leur négociation s'inscrit elle-aussi dans le cadre d'une politique de GPEC. Pour offrir aux employeurs davantage de flexibilité dans la gestion des ressources humaines, ces accords sont censés favoriser la mobilité interne à l'entreprise en réduisant les obstacles à la mobilité. Toutefois, il ne faut pas se méprendre, l'intérêt de ce dispositif pour les employeurs réside au moins autant dans la mise à l'écart du droit du licenciement collectif que dans le développement de la mobilité dans l'entreprise. Plus grave, ces accords apparaissent pour l'instant davantage source d'insécurité juridique que de sécurisation de l'emploi, eu égard aux très nombreuses incertitudes résultant de leur régime juridique imprécis et lacunaire. Enfin, les organisations syndicales qui auront négocié un accord de mobilité interne, et donc participé dans une certaine mesure à la gestion de l'emploi dans l'entreprise, vont nécessairement avoir une forme de responsabilité lors de sa mise en œuvre. Celle-ci pouvant aboutir, pour les salariés refusant l'application de l'accord à leur contrat, à des licenciements, il n'est pas certain que les syndicats se précipiteront pour négocier ces accords de mobilité.

189. « Pour ce qui concerne l'avenir, il ne s'agit pas de le prévoir, mais de le rendre possible »¹ notamment en offrant aux salariés des perspectives d'évolution professionnelle et la sécurisation de leur parcours professionnel. Toutefois, la promotion du dialogue social « à froid » sur l'emploi et sur la mise en place de dispositifs de GPEC en amont de tout projet de restructuration ne constitue pas un remède miracle. Dans le meilleur des cas, la mise en place négociée de mesures de GPEC réduira l'impact sur l'emploi d'une future restructuration et permettra aux salariés qui seront en tout état de cause licenciés lors de cette opération d'être en capacité de se réinsérer rapidement sur le marché du travail.

Si en permettant d'assurer l'adéquation entre besoins et ressources humaines de l'entreprise, la négociation « à froid » d'accords de GPEC et de mobilité interne est de nature à possiblement atténuer les effets sur l'emploi d'éventuelles restructurations, la négociation « à froid » ne peut empêcher ni la mise en œuvre d'une restructuration, ni le prononcé de

¹ A. DE SAINT EXUPERY.

licenciements pour motif économique. La mise en place d'une gestion prospective des ressources humaines négociée aussi efficace soit-elle ne pourra en effet jamais anticiper des mutations économiques ou technologiques imprévisibles, ni faire face aux aléas conjoncturels qui pourraient rendre indispensable la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois. Elle ne permettra pas davantage de remettre en cause la décision de la direction d'un groupe de fermer une entreprise, pourtant rentable, pour la délocaliser dans un pays où la main d'œuvre est moins chère...

Le droit social ne peut remettre en cause les décisions de restructurations arrêtées par les directions d'entreprise pas plus qu'il ne peut imposer le maintien de l'emploi au titre des objectifs poursuivis par ces opérations dans les entreprises *in bonis* ou empêcher le prononcé de licenciements pour motif économique. Il tente néanmoins de pallier cette impuissance tant par la promotion du dialogue social « à froid » sur l'emploi que par celle du dialogue social « à chaud ». La tendance actuelle à la procéduralisation et à la décentralisation du droit du travail imprègne particulièrement la loi de sécurisation de l'emploi qui encourage la négociation collective dans les entreprises « en crise ». Lorsque l'entreprise connaît de graves difficultés, les partenaires sociaux sont ainsi invités à négocier pour essayer de trouver les solutions adaptées à la crise conjoncturelle qui frappe l'entreprise pour éviter la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois. De même, lorsqu'est envisagé le prononcé d'un grand licenciement collectif, le droit social incite l'employeur à rechercher un accord avec les organisations syndicales relatif tant aux conditions de mise en œuvre des ruptures qu'aux mesures sociales d'accompagnement tendant à limiter le nombre des licenciements et à favoriser le retour à l'emploi des salariés dont le contrat de travail sera inéluctablement rompu.

CHAPITRE II : LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS L'ENTREPRISE EN CRISE

190. Le droit social n'a aucune emprise sur les décisions de restructuration arrêtées par les directions d'entreprise, dictées par des logiques économiques et entrepreneuriales lui échappant également. Pour autant, il tente de permettre la prise en compte des intérêts des salariés lors du processus décisionnel et notamment d'assurer respect de leur droit fondamental à l'emploi¹, afin de réduire le coût social des restructurations.

Poursuivant cet objectif et selon la tendance contemporaine à la procéduralisation et à la décentralisation de l'édiction des normes travaillistes², l'ANI du 11 janvier 2013³ promeut le développement de la négociation collective « à chaud » dans les entreprises en crise. Le but affiché est que les partenaires sociaux puissent élaborer au niveau de l'entreprise les solutions les plus adaptées pour surmonter ses difficultés économiques, assurer la pérennité de son activité et préserver un maximum d'emplois.

« Afin de maintenir l'emploi, en cas de graves difficultés conjoncturelles rencontrées par une entreprise », les partenaires sociaux ont souhaité dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2013 que soit prévue « à côté de dispositifs existants tels que le chômage partiel, (...) la possibilité de conclure des accords d'entreprise permettant de trouver un nouvel équilibre, pour une durée limitée dans le temps, dans l'arbitrage global temps de travail/salaire/emploi,

¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 5.

² En ce sens, J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi _ « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280 ; F. GÉA, « Le droit du licenciement économique, à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210. Sur la procéduralisation du droit, V. not. : P. COPPENS et J. LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », vol. XXX, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Story scientia, 1999, spéc. p. 71 s. ; A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et société - Recherches et travaux », n° 5, LGDJ, 1998, spéc. p. 67-69.

³ à l'instar de la loi du 14 juin 2013 dite de sécurisation de l'emploi, ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, JO du 16 juin 2013, p. 9958.

au bénéfice de l'emploi. »¹. Epigones des accords compétitivité-emploi², les accords de maintien dans l'emploi sont l'objet de l'article 18 de l'ANI du 11 janvier 2013³. Si les partenaires sociaux ont envisagé la possibilité que soient conclus des accords de maintien *dans* l'emploi, la loi de sécurisation de l'emploi, qui consacre et définit le cadre légal de ces accords, évoque pour sa part les accords de maintien *de* l'emploi. Peut-être est-ce là le signe que l'objectif de ces accords est davantage de permettre la préservation *de* l'emploi d'un point de vue quantitatif dans l'entreprise que d'assurer le maintien des salariés *dans* leur emploi⁴, illustrant l'évolution de la finalité des normes relatives au traitement social des restructurations de la volonté d'assurer la « sécurité de l'emploi », devenue utopique, à celle de « sécuriser les parcours professionnels ». Ces accords ont pour objet, lorsque l'entreprise rencontre de graves difficultés économiques conjoncturelles, de permettre aux partenaires sociaux d'aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération des salariés qui, en contrepartie, sont censés bénéficier de la garantie du maintien de leur emploi pendant la durée d'application de l'accord⁵. Ces accords de maintien de l'emploi, à l'instar des accords de mobilité interne⁶, bousculent l'articulation traditionnelle accord collectif/contrat de travail en permettant à la norme collective de déroger *in pejus* à la norme individuelle à laquelle elle cherche à s'imposer ; la capacité des salariés de s'opposer à l'application de l'accord étant réduite puisqu'en cas de refus de s'y soumettre, ils s'exposent à un licenciement pour motif économique prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel⁷.

L'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi renforcent considérablement la fonction d'organisation et de gestion de la négociation d'entreprise qui se trouve en quelque sorte poussée à son paroxysme⁸. La norme collective est ainsi habilitée à remettre en cause les droits contractuels des salariés, sous réserve de leur accord, dans l'espoir que la flexibilité ainsi offerte à l'entreprise lui permette de traverser la grave crise conjoncturelle qu'elle rencontre. Toutefois, si l'accroissement de la flexibilité indispensable à l'entreprise pour faire face aux graves difficultés conjoncturelles qui doivent présider à la

¹ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 18.

² Sur invitation du Président de la République de l'époque, fut ainsi ouverte le 24 février 2012 une négociation au niveau national interprofessionnel relatif aux accords compétitivité-emploi. LSQ 21 fév. 2012.

³ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

⁴ En ce sens, A. MARTINON, « Les accords de maintien de l'emploi », Cass. soc. 2013, n° 254, p. 309 ; E. PESKINE, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuité », RDT 2013, p. 168.

⁵ Art. L. 5125-1, C. trav.

⁶ Art. L. 2245-21 et s., C. trav.

⁷ Art. L. 5125-2, C. trav.

⁸ E. PESKINE, art. préc.

conclusion de l'accord de maintien de l'emploi semble acquis, la sécurisation de l'emploi l'est pour sa part beaucoup moins...

191. Si ces accords sont censés éviter une restructuration destructrice d'emplois en permettant à l'entreprise d'aménager les conditions d'emploi des salariés, notamment leur durée du travail et leur rémunération, leur mise en place peut se traduire par le prononcé immédiat de licenciements pour motif économique des salariés qui s'opposeraient à l'application de l'accord. La rupture du contrat de travail interviendra selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique, quel que soit le nombre de salariés refusant l'application de l'accord. Les organisations syndicales sont donc appelées à partager la responsabilité non seulement de la détérioration, temporaire, des conditions d'emploi des salariés dont le maintien de l'emploi est théoriquement garanti, mais également du prononcé de licenciements pour motif économique échappant aux règles applicables aux licenciements collectifs. Cette négociation, qui par définition est ouverte à un moment où l'entreprise connaît de graves difficultés économiques conjoncturelles, risque fort de se dérouler dans un contexte de potentiel « chantage à l'emploi »¹. De plus, elle impose aux organisations syndicales d'assumer une part de la responsabilité dans le prononcé de licenciements pour motif économique, ce qu'elles ne souhaitent guère. En effet, si elles refusent de conclure un accord présenté par l'employeur comme indispensable au maintien de l'emploi en période de crise et que ce dernier prononce par la suite des licenciements, les organisations syndicales prennent le risque de se voir imputées les ruptures prétendument consécutives à leur refus de conclure un accord de maintien de l'emploi. À l'inverse, si elles concluent l'accord, elles seront tenues responsables, d'une part, de la détérioration momentanée des conditions d'emploi des salariés sans que leur maintien dans l'emploi ne soit absolument garanti et, d'autre part, du prononcé des licenciements des salariés qui se seront opposés à l'accord, licenciement échappant *a priori* au droit des licenciements collectifs².

192. Si en concluant (ou en refusant de conclure) un accord de maintien de l'emploi les organisations syndicales sont appelées indirectement à assumer une part de responsabilité

¹ A. BRAUN, « Accord de maintien de l'emploi : et pourtant ils signent... », SSL 2013, n° 1592.

² Il convient immédiatement de préciser que l'éviction du droit des licenciements collectifs, qui constitue l'un des intérêts pour l'employeur de la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi, pourrait être jugée contraire au droit européen et ainsi être écartée par les juges qui pourraient imposer à l'employeur de respecter le droit des licenciements collectifs en cas de refus par plusieurs salariés de l'application de l'accord de maintien de l'emploi à leur contrat.

dans le prononcé éventuel de licenciements pour motif économique, elles peuvent être directement impliquées dans la mise en place d'un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins. En effet, l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi ont profondément modifié le droit des grands licenciements collectifs projetés dans une entreprise de cinquante salariés au moins.

Lorsqu'il envisage de prononcer au moins dix ruptures pour un motif économique dans une même période de trente jours, l'employeur a désormais la faculté d'engager une négociation avec les organisations syndicales afin d'élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi qui doit obligatoirement accompagner un tel projet, négociation susceptible de porter également sur les modalités d'information/consultation des représentants du personnel et les conditions de mise en œuvre des ruptures.

En effet, afin de répondre aux critiques adressées de toutes parts à la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur les projets de grand licenciement collectif envisagés dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, partenaires sociaux et législateur ont pris le parti de promouvoir la négociation collective sur ces projets. Le dialogue social paraît préférable à la logique d'affrontement dans laquelle pouvaient parfois se trouver direction d'entreprise et représentants du personnel. La procédure d'information/consultation sur les projets de licenciement collectif au cours de laquelle est élaboré le plan de sauvegarde de l'emploi était accusée notamment d'être source d'insécurité juridique et d'empêcher la mise en œuvre rapide de restructurations indispensables à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, voire à sa survie. Exacerbant les logiques opposées dans lesquelles se trouvaient parfois direction d'entreprise et représentants des salariés, cette procédure les entraînait fréquemment dans un labyrinthe procédural (procédurier ?) sous le regard du juge des référés, labyrinthe dont la sortie laborieuse ne permettait le plus souvent de sauvegarder ni l'emploi, ni les intérêts des salariés pas plus que celui de l'entreprise.

C'est pourquoi, afin de « sécuriser » la procédure de grand licenciement collectif donnant lieu à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'ANI du 11 janvier 2013 a notamment prévu d'enfermer la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise dans de stricts délais prefix, principe repris par le législateur¹. Surtout, la sécurisation de cette procédure repose sur la double volonté qui anime tant l'ANI du 11 janvier 2013 que la loi du

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 20 ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

14 juin 2013, *id est* sa procéduralisation et sa déjudiciarisation¹. Le contrôle de cette procédure et du plan de sauvegarde de l'emploi échappe dorénavant au juge judiciaire et relève de l'Administration du travail.

193. De surcroît, la négociation collective « à chaud » sur l'ensemble du projet de licenciement collectif, et plus particulièrement sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, est vivement encouragée, la procéduralisation conventionnelle et la déjudiciarisation étant présentées comme les moyens idoines de sécurisation des procédures de grand licenciement collectif. La philosophie qui anime la réforme de 2013 promeut une logique de dialogue social, par essence plus consensuel et préférable à la logique d'affrontement qui pouvait exister entre employeurs et représentants du personnel lors de l'examen du projet de compression des effectifs. Le dialogue social est ainsi censé être vecteur d'apaisement dans un contexte déjà tendu par l'annonce d'une restructuration destructrice d'emplois.

Désormais, l'employeur qui projette un grand licenciement collectif dans une entreprise employant au moins cinquante salariés a donc la possibilité d'inviter les organisations syndicales à conclure un accord collectif sur le projet de grands licenciements collectifs. Cet accord devra porter *a minima* sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et pourra éventuellement permettre de déroger aux dispositions légales relatives à la procédure d'information/consultation des représentants du personnel et/ou définir les modalités de mise en œuvre des licenciements.

194. Reste que les organisations syndicales sont appelées à devoir « endosser » la responsabilité de licenciements consécutifs à une décision de restructuration sur laquelle elles n'ont aucun droit de regard. En effet, si la voie du dialogue social peut permettre l'élaboration du projet de plan de sauvegarde de l'emploi dans un contexte plus apaisé², le recours à la négociation collective sur les projets de grand licenciement collectif tend davantage à offrir une caution syndicale au projet élaboré unilatéralement par la direction de l'entreprise³, voire

¹ J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi – « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280 ; A. TEISSIER, « Le temps dans la procédure de consultation en cas de PSE », JCP S 2013, 1259 ; A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation - Une réforme peut en cacher une autre », RDT 2013, p. 184 ;

² Et éventuellement favoriser l'amélioration du projet en réduisant le nombre de suppressions d'emploi envisagées au départ par l'employeur ou l'enrichissement des mesures sociales accompagnant les salariés dont le licenciement est inéluctable, il ne faut pas se méprendre

³ En ce sens, A. BRAUN, art. préc.

du groupe, qu'à renforcer le droit constitutionnel des salariés à participer à la gestion de l'entreprise¹.

L'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi encouragent donc employeurs et organisations syndicales à négocier « à chaud » quand l'entreprise connaît une « crise ». Lorsque l'entreprise doit faire face à de graves difficultés économiques conjoncturelles, il s'agira d'éviter la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois grâce à la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi qui, bien que censé garantir le maintien de l'emploi, peut se solder par le prononcé de licenciements pur motif économique, dérogeant en partie au droit commun, et dont les organisations syndicales devront assumer une part de responsabilité (Section I). Par ailleurs, lorsque la direction d'une entreprise d'au moins cinquante salariés envisage de prononcer au moins dix ruptures pour motif économique dans une même période de trente jours, employeur et organisations syndicales sont vivement incités à essayer de trouver un accord sur le plan de sauvegarde de l'emploi tendant à éviter ou limiter le nombre des licenciements, tout en favorisant la réinsertion professionnelle des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu. L'accord est également susceptible d'aménager la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement et les conditions de mise en œuvre des ruptures, contribuant là encore à impliquer les organisations syndicales dans le prononcé de licenciements pour motif économique (Section II).

¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8.

Section I : La négociation censée éviter une restructuration destructrice d'emplois

195. Reprenant le vœu formulé par l'ANI du 11 janvier 2013 qu'un accord collectif puisse temporairement mettre en place « *un nouvel équilibre (...) dans l'arbitrage global temps de travail/salaire/emploi, au bénéfice de l'emploi* »¹, l'article L. 5125-1 du Code du travail dispose qu'« *En cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives, un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération* ». Les accords de maintien de l'emploi ont donc pour objet, lorsque l'entreprise rencontre de graves difficultés économiques conjoncturelles, de permettre aux partenaires sociaux d'accorder davantage de flexibilité à l'entreprise en aménageant les conditions d'emploi des salariés : en consentant aux sacrifices conventionnellement prévus, ils sont censés bénéficier de la garantie du maintien de leur emploi pendant la durée d'application de l'accord².

À l'inverse, les salariés qui refuseraient de s'y soumettre s'exposent pour leur part à un licenciement pour motif économique prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel évitant ainsi à l'employeur de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi³. Il convient immédiatement de préciser que l'éviction du droit des licenciements collectifs, qui constitue l'un des intérêts pour l'employeur de la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi, pourrait être jugée contraire au droit européen⁴ et ainsi être écartée par les juges qui pourraient imposer à l'employeur de respecter le droit des licenciements collectifs en cas de refus par plusieurs salariés de l'application de l'accord de maintien de l'emploi à leur contrat.

¹ ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 18.

² Art. L. 5125-1, C. trav.

³ Art. L. 5125-2, C. trav.

⁴ Dir. 98/59/CE du 20 juil. 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE 12 août 1998, L. 225/16.

196. Si la loi de sécurisation de l'emploi consacre et encadre la conclusion des accords de maintien de l'emploi, des accords reposant sur le principe « réduction de certains droits des salariés contre maintien de l'emploi » préexistaient à la loi du 14 juin 2013¹. La Cour de cassation a ainsi admis de longue date la validité d'accords tendant à éviter la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois en instaurant une nouvelle organisation du travail, un aménagement ou une réduction du temps de travail ou des baisses de salaire. La renonciation des salariés à certains droits était alors compensée par l'engagement de l'employeur à ne pas prononcer de licenciements pour motif économique². Toutefois, ces engagements conventionnels de maintien de l'emploi étaient source de nombreuses interrogations³. D'une part, leur portée juridique était incertaine ; nombre d'accords ne contenant que des déclarations d'intention et non de réelles obligations de maintien de l'emploi, quand d'autres se contentaient d'engagements vagues consistant à « essayer d'éviter » de prononcer des licenciements⁴. D'autre part, ces accords suscitaient de nombreuses incertitudes relatives à leur articulation avec le contrat de travail ou les conventions et accords collectifs conclus à un niveau supérieur, mais aussi et surtout à la sanction de leur violation⁵.

197. La loi de sécurisation de l'emploi confère aux partenaires sociaux le pouvoir de déroger *in pejus* aux stipulations du contrat de travail sous réserve de l'accord des salariés fortement incités à se soumettre à l'accord de peur de perdre immédiatement leur emploi en cas de refus. Ces accords s'imposent aux contrats dont les clauses contraires sont alors suspendues⁶ avec l'accord des salariés. Ils écartent également l'application du droit commun

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, JO du 16 juin 2013, p. 9958.

² Cass. soc., 13 déc. 1995, Bull. civ. V, n° 345 ; Cass. soc., 1^{er} avr. 1997, *Case France*, Dr. soc. 1997, p. 646, obs. J.-E. RAY ; Cass. soc., 22 janv. 1998, *Briou*, Dr. soc. 1998 ; p. 379 ; Cass. soc., 10 oct. 2002, Bull. civ. V, n° 304 ; Dr. soc. 2002, p. 1158, obs. C. RADÉ ; Cass. soc., 25 nov. 2003, Bull. civ. V, n° 294 ; Sur ces engagements de maintien de l'emploi antérieurs à la loi du 14 juin 2013, V. not. A. LYON-CAEN, « Le maintien de l'emploi », Dr. soc. 1996, p. 655 ; M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », Dr. soc. 1997, p. 1061 ; F. GAUDU, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », Dr. soc. 1998, p. 367 ; G. COUTURIER, « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », Dr. soc. 1998, p. 375 ; J. SAVATIER, « La violation d'un engagement sur le maintien du volume d'emploi pris lors de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de restructuration », Dr. soc. 2004, p. 166. de M.-F. BIED-CHARRETON, « Quand le plan social devient « l'accompagnement » d'une violation par l'employeur d'un engagement de limiter le nombre des licenciements économiques... », Dr. ouv. 2005, p. 41.

³ A. MARTINON, art. préc.

⁴ En ce sens, A. MARTINON, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc. ; M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, art. préc. ; F. GAUDU, art. préc.

⁵ En ce sens, E. PESKINE, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuité », RDT 2013, p. 168 ; A. MARTINON, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc. ; M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, art. préc. ; F. GAUDU, art. préc. ; J. SAVATIER, art. préc. ; M.-F. BIED-CHARRETON, art. préc.

⁶ Art. L. 5125-2, C. trav.

du licenciement pour motif économique en dispensant l'employeur de respecter les droits et garanties offerts aux salariés par le droit du licenciement collectif lorsque plusieurs d'entre eux s'opposent à l'application de l'accord à leur contrat. À rebours d'un droit de la négociation collective naguère synonyme d'équilibre et de conquêtes sociales¹, les accords de maintien de l'emploi offrent la possibilité à la norme collective de remettre en cause, avec l'accord de salariés vivement encouragés à ne pas résister à son application, certains droits individuels théoriquement garantis par leur contrat ou par la loi².

198. Les accords de maintien de l'emploi s'inscrivent dans l'analyse économique du droit qui préside à l'élaboration du droit du travail légal depuis plusieurs années³. Cette logique selon laquelle « *la norme travailliste fonctionne à l'égard de l'entreprise comme un coût* »⁴ conduit ainsi à élaborer le droit du travail non pas à l'aune d'une rationalité juridique, mais dans le souci de permettre une réduction des coûts qu'imposerait à l'entreprise le respect du Code du travail⁵. Si l'objectif principal des accords de maintien de l'emploi est théoriquement d'offrir aux partenaires sociaux la possibilité de mettre en œuvre les mesures appropriées pour permettre à l'entreprise de sortir d'une crise conjoncturelle en imposant des « sacrifices » temporaires aux salariés, le risque est, qu'en dépit des efforts consentis la situation économique ne s'améliore pas et que leur licenciement soit inéluctable.

À la différence des engagements conventionnels de maintien de l'emploi antérieurs qui n'étaient l'objet d'aucun encadrement légal, le législateur subordonne la conclusion de ces accords à l'identification de graves difficultés économiques conjoncturelles par les partenaires sociaux, qui doit en outre être « majoritaire » (§ 1). Par ailleurs, le législateur réglemente l'objet de ces accords, qu'il s'agisse de l'aménagement des conditions d'emploi des salariés, de l'obligation de prévoir des contreparties aux efforts consentis par ceux-ci, ou encore d'envisager des efforts proportionnés de la part des mandataires sociaux ou des actionnaires (§ 2). L'encadrement relativement strict des conditions de conclusion et de l'objet des accords de maintien de l'emploi est on ne peut plus logique au regard des effets qu'emporte sa mise en œuvre : remise en cause des rapports traditionnels entre accord collectif et contrat de

¹ En ce sens, J. PELISSIER et F. FAVENNEC-HERY « L'interaction entre l'individuel et le collectif », SSL n° 1508, p. 81 ; A. BRAUN, « Accord de maintien de l'emploi : et pourtant ils signent... », SSL 2013, n° 1592.

² En ce sens, A. BRAUN art. préc.

³ En ce sens également, J. ICARD, art. préc. ; F. GÉA, art. préc.

⁴ J. ICARD, art. préc.

⁵ En ce sens également, J. ICARD, art. préc.

travail, aménagement *a priori* à la baisse des conditions d'emploi des salariés qui s'y soumettent et licenciement pour motif économique *sui generis* des salariés qui s'y refusent (§ 3). Enfin, dans la mesure où la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi est étroitement liée à la situation conjoncturelle de l'entreprise, le législateur, à l'instar des partenaires sociaux, encadre le suivi et le contrôle de la mise en œuvre de l'accord, dont le non-respect est assorti de sanctions (§ 4).

§ 1 : L'encadrement de la conclusion des accords de maintien de l'emploi

L'article L. 5125-1 du Code du travail soumet la faculté de conclure un accord de maintien de l'emploi à l'existence « *de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives* » (A). Ces accords induisant une réduction provisoire des droits des salariés, voire le prononcé des licenciements des salariés s'y opposant, il est logique que la loi soumette leur conclusion à une exigence de justification. On retrouve dans le régime juridique des accords de maintien de l'emploi la philosophie qui a irrigué l'élaboration du droit des licenciements pour motif économique au fil des ans, *id est* la volonté de s'assurer que la décision de l'employeur de rompre les contrats pour un motif économique repose sur un motif légitime.

La faculté de conclure un accord censé garantir le maintien de l'emploi des salariés acceptant de se soumettre aux sacrifices conventionnellement prévus doit donc être justifiée non seulement par la situation économique alarmante de l'entreprise -situation qui doit faire l'objet d'un diagnostic partagé par les partenaires sociaux-, mais également par le caractère majoritaire de l'accord dont les dispositions ont vocation à déroger *in pejus* aux contrats de travail, si les salariés ne s'y opposent pas (B).

A - La conclusion de l'accord subordonnée au diagnostic partagé de l'existence de graves difficultés conjoncturelles

À l'instar des licenciements pour motif économique qui ne peuvent être prononcés qu'à la stricte condition qu'une raison légitime fonde ces ruptures, la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi implique l'existence de graves difficultés économiques justifiant l'aménagement des conditions d'emploi conventionnellement imposées aux salariés. Si la crise conjoncturelle à laquelle l'entreprise doit faire face est une condition légale du recours aux accords de maintien de l'emploi (1), il est de surcroît impératif que la situation économique de l'entreprise fasse l'objet d'un diagnostic partagé avec les organisations syndicales. (2).

1 - Le recours aux accords de maintien de l'emploi conditionné à l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles

199. L'ANI du 11 janvier 2013 prévoyait que les entreprises pouvaient « *pour faire face à des difficultés, prévisibles ou déjà présentes, susceptibles de mettre en danger l'emploi et/ou la survie de l'entreprise, [conclure] des accords de maintien dans l'emploi pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.* »¹. Le législateur a pour sa part réduit la possibilité de négocier un accord de maintien de l'emploi à la seule hypothèse de l'existence avérée de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* »². Censés éviter une restructuration destructrice d'emplois en « assurant » le maintien de l'emploi des salariés acceptant des aménagements de leur durée du travail et/ou de leur rémunération, ces accords ne peuvent donc être conclus qu'à la stricte condition que l'entreprise soit dans une situation économique alarmante. Les accords de maintien de l'emploi ne sont pas des accords permettant d'anticiper des difficultés prévisibles ou de faire face à une éventuelle menace qui viendrait à peser sur la compétitivité de l'entreprise. Ils s'inscrivent dans le cadre d'une négociation « à chaud » ; lorsque l'entreprise connaît déjà des difficultés économiques importantes qu'elle tente de surmonter en évitant de prononcer des licenciements pour motif économique grâce aux efforts conventionnellement « imposés » aux salariés en termes de salaire ou de durée du travail.

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 relatif aux accords de maintien de l'emploi, art. 1^{er}.

² Art. L. 5125-1, C. trav.

La lettre de l'article L. 5125-1 du Code du travail ne laisse guère planer de doute : seules de graves difficultés économiques conjoncturelles peuvent autoriser le recours à un accord de maintien de l'emploi, à l'exclusion *a priori* des motifs économiques habituels (difficultés structurelles, mutations technologiques, nécessité de sauvegarder la compétitivité)¹. La preuve de graves difficultés économiques conjoncturelles, et non structurelles, se comprend parfaitement eu égard à la philosophie qui préside à la conclusion des accords de maintien de l'emploi. Ils visent en effet à « *permettre aux partenaires sociaux de l'entreprise de passer un cap difficile* »². La présence de l'adjectif « *graves* » semble exclure la possibilité de recourir à ces accords en cas de simple ralentissement de l'activité³ ou d'une baisse momentanée du chiffre d'affaire⁴ ; seules des difficultés économiques sérieuses peuvent justifier que soient « imposés » aux salariés des sacrifices pour tenter d'assurer la pérennité de l'entreprise et, avec elle, celle de leurs emplois.

200. De ce point de vue, la frontière entre les conditions dans lesquelles peut être conclu un accord de maintien de l'emploi et celles dans lesquelles sera prononcé un licenciement pour motif économique n'est pas hermétique⁵. En effet, un licenciement pour motif économique peut être fondé sur l'existence de difficultés économiques conjoncturelles à condition toutefois qu'elles soient importantes et durables. Coexistent donc désormais dans le Code du travail deux types de réorganisations lorsque l'entreprise est confrontée à de graves difficultés économiques conjoncturelles. L'employeur dispose ainsi en quelque sorte d'une option : soit il s'appuie sur ce motif pour proposer à titre individuel aux salariés une modification de leur contrat, soit il décide de conclure un accord de maintien de l'emploi prévoyant des aménagements collectifs de la durée du travail et de la rémunération. Dans la première hypothèse, le licenciement du ou des salarié(s) refusant la modification sera soumis au droit commun du licenciement pour motif économique impliquant, dans une entreprise de cinquante salariés au moins en cas de refus par au moins dix salariés, l'obligation de respecter

¹ Art. L. 1233-3, C. trav.

² ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

³ C'est du moins ce que décide la Cour de cassation en matière de justification du licenciement pour motif économique, cette position nous semble transposable en matière d'accords de maintien de l'emploi ; Cass. soc., 26 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 405 ; Dr. soc. 2000, p. 214, obs. C. RADÉ. Cass. soc., 22 fév. 1994, 92-41.891, inédit.

⁴ C'est du moins ce que décide la Cour de cassation en matière de justification du licenciement pour motif économique, cette position nous semble transposable en matière d'accords de maintien de l'emploi ; Cass. soc., 2 juin 1993, Bull. civ. V, n° 154 ; Cass. soc., 3 mai 1994, n°92-45.174, inédit ; Cass. soc., 9 mars 1994, n° 92-41.562, inédit ; Cass. soc., 6 juil. 1999, Bull. civ. V, n° 327.

⁵ S. BEAL, « Les accords de maintien de l'emploi en quête de sécurité juridique », SSL 2013, n° 1592. ; pour une analyse inverse V. A. BRAUN, art. préc.

l'ensemble du droit du licenciement collectif et notamment la procédure d'information/consultation des représentants du personnel ainsi que l'élaboration impérative d'un plan de sauvegarde de l'emploi¹. Dans la seconde hypothèse, l'accord permettra à l'employeur « d'imposer » aux salariés consentants une réduction de leur rémunération ou de leur temps de travail. Ceux qui s'y opposeront, quel que soit leur nombre, seront alors licenciés suivant les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique permettant ainsi à l'employeur d'échapper *a priori* au droit des licenciements collectifs.

La seconde branche de l'option implique la signature d'un accord majoritaire. Elle pourrait alors offrir aux syndicats un moyen de pression lors de la négociation face à un éventuel « chantage à l'emploi »², pour obtenir de véritables contreparties aux sacrifices fournis par les salariés ainsi qu'un « *nouvel équilibre* » temporaire « *dans l'arbitrage global temps de travail/salaire/emploi* »³, préservant au maximum les droits des salariés. Ils pourraient exiger l'enrichissement des mesures d'accompagnement des salariés licenciés initialement prévues ou encore l'instauration d'une clause pénale réellement comminatoire pour conférer une réelle force contraignante à l'engagement de maintien de l'emploi de l'employeur⁴.

201. Se pose par ailleurs la question du niveau auquel doit être appréciée l'existence des difficultés économiques justifiant le recours à l'accord de maintien de l'emploi. En effet, la jurisprudence apprécie l'existence des difficultés économiques de nature à constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient, le cas échéant, l'entreprise⁵. Des difficultés caractérisées au seul niveau de l'entreprise ne suffisent pas à justifier le prononcé d'un licenciement pour motif économique dès lors que le secteur d'activité du groupe auquel elle appartient n'en connaît pas pour sa part. À l'inverse, un accord de maintien de l'emploi peut quant à lui être conclu dès lors qu'existent au seul niveau de l'entreprise de graves difficultés économiques conjoncturelles, peu important que le secteur d'activité du groupe auquel elle appartient soit pour sa part dans

¹ Art. L. 1233-24-1 et s. et L. 1233-61 et s., C. trav.

² A. BRAUN, art. préc.

³ ANI, 11 janv. 2013, préc., art. 18.

⁴ L'accord de maintien de l'emploi doit en effet prévoir des mesures sociales accompagnant les salariés licenciés suite à leur refus de se soumettre à l'accord ainsi qu'une clause pénale en cas de non-respect par l'employeur de ses engagements, art. L. 5125-2, C. trav.

⁵ Cass. soc., 5 avr. 1995, *Vidéocolor*, Bull. civ. V, n° 123 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 114 ; D. 1995, p. 503, note M. KELLER ; Dr. soc. 1995, p. 482, note P. WAQUET ; RJS 1995, n° 497 ; JCP G 1995, II, 22443, note G. PICCA ; JCP E 1995, I, 499, n° 3, obs. P. COURSIER ; G. LYON-CAEN, « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », Dr. soc. 1995, p. 489

une situation économique florissante. Cette différence de niveau d'appréciation de l'existence des difficultés économiques selon qu'est prononcé un licenciement pour motif économique en application de l'article L. 1233-3 du Code du travail ou à la suite du refus d'un salarié de se soumettre à l'accord, induit une incertitude sur l'étendue du contrôle judiciaire des difficultés présidant à la conclusion de l'accord et aux ruptures en découlant.

S'il n'est pas surprenant *a priori* que le cadre d'appréciation des difficultés économiques permettant la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi soit limité à l'entreprise¹, la non prise en compte de la situation du groupe pourrait induire une possible instrumentalisation des accords de maintien de l'emploi. On ne peut en effet totalement écarter le risque qu'une direction de groupe peu scrupuleuse décide de générer artificiellement de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'une de ses filiales pour permettre le recours à un accord de maintien de l'emploi afin de « réduire les coûts » de cette filiale. Il est envisageable que la direction du groupe décide de cesser de financer une filiale, ou de la placer en état de cessation des paiements ou encore qu'une société sœur, donneuse d'ordre exclusif de la filiale, décide de ne plus lui confier la sous-traitance d'une partie de son activité. La filiale serait alors placée face à de graves difficultés économiques conjoncturelles de nature à justifier la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi sous la menace d'un projet de licenciement collectif.

Pour réduire un tel risque, il est indispensable de s'assurer que sont réunies les circonstances économiques justifiant le recours à ce dispositif qui permet de déroger *in pejus* non seulement aux contrats de travail, mais également au droit du licenciement collectif. À ce titre, la loi exige que le diagnostic de la situation économique de l'entreprise soit partagé par les partenaires sociaux.

¹ Puisque son objectif est de permettre aux partenaires sociaux de définir les mesures adéquates pour surmonter la grave crise conjoncturelle qu'elle connaît

202. Si l'ANI du 11 janvier 2013 imposait que la situation de l'entreprise fasse l'objet d'un diagnostic partagé avec les représentants des salariés à la négociation¹, la loi n'a pas exactement repris ces termes et évoque pour sa part une analyse du diagnostic avec les organisations syndicales². Selon l'article L. 5125-1 du Code du travail, il semble donc que dans un premier temps l'employeur dresse seul un diagnostic de la situation de l'entreprise mettant en exergue l'existence de graves difficultés conjoncturelles, diagnostic qui doit dans un second temps être analysé avec les organisations syndicales³.

Ce constat conjoint de la situation économique alarmante de l'entreprise constitue la clef de voûte du dispositif⁴. Associées à la conclusion d'un accord dont on a déjà pu entrevoir les éventuelles conséquences sur l'emploi et les conditions de travail⁵, il est essentiel que les organisations syndicales puissent s'assurer que la situation de l'entreprise est effectivement de nature à justifier les concessions attendues des salariés. L'article L. 5125-1 du Code du travail ne prévoit l'analyse du diagnostic qu'« avec les organisations syndicales de salariés représentatives », alors qu'en l'absence de délégués syndicaux un accord de maintien de l'emploi peut être conclu par un ou plusieurs représentants élus mandatés et à défaut par un ou plusieurs salariés mandatés⁶. À l'inverse, l'ANI du 11 janvier 2013 semble imposer un diagnostic concerté y compris avec ceux-ci puisqu'il évoque pour sa part le partage du diagnostic avec « les représentants des salariés » expression qui semble englober les organisations syndicales, les représentants élus mandatés ou les salariés mandatés pour la négociation d'un accord de maintien de l'emploi. A notre sens, eu égard aux enjeux qu'emporte la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi, il semble que quel que soit le « statut » des représentants des salariés parties à sa négociation, l'analyse de la situation de l'entreprise devrait faire l'objet d'un diagnostic partagé avec eux.

¹ ANI, 11 janv. 2013, préc., art. 18.

² Art. L. 5125-1, C. trav.

³ En ce sens, S. BEAL, art. préc.

⁴ En ce sens, F. GÉA, art. préc., dans le même sens, E. PESKINE, art. préc.

⁵ En ce sens, F. GÉA, art. préc., A. BRAUN, art. préc. ; J.-E. RAY, « Une mue salutaire, pour que la France épouse son temps », Dr. soc. 2013, p. 664.

⁶ Art. L. 5125-4, II, C. trav..

203. Informations nécessaires à la transparence du dialogue social. Pour que le diagnostic de la situation de l'entreprise susceptible de permettre la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi soit effectivement *partagé*, « *l'ouverture d'une telle négociation requiert une transparence totale sur les informations destinées à l'évaluation de la situation économique de l'entreprise* »¹. Seul un dialogue social transparent impliquant une communication de l'ensemble des renseignements nécessaires pour que les organisations syndicales puissent réellement analyser l'existence ou non de graves difficultés économiques conjoncturelles et ainsi être mesure d'apprécier l'opportunité, voire la nécessité, de conclure (ou de refuser de conclure) un accord de maintien de l'emploi peut justifier le fait qu'elles doivent assumer une part de responsabilité quant aux sacrifices imposés par l'accord aux salariés et aux éventuels licenciements pour motif économique qui découleraient du refus de certains salariés de s'y soumettre. Une fois encore, il s'agit de « *savoir pour prévoir, afin de pouvoir* »². En l'occurrence les organisations syndicales doivent *savoir* quelle est la réalité de la situation économique de l'entreprise, *pour prévoir* les mesures adaptées permettant d'y faire face en préservant au mieux les intérêts des salariés, *afin de pouvoir* assumer la responsabilité des conséquences de cette décision sur la situation des salariés. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs affirmé « *que le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* »³.

Il est relativement curieux, à ce titre, que les dispositions légales ne fassent aucune référence au contenu des informations que l'employeur est tenu de fournir aux représentants des salariés. À la différence du mutisme législatif, l'ANI du 11 janvier 2013 prévoit que certains indicateurs devront impérativement être examinés au cours de cette négociation⁴. Surtout, il stipule que les représentants des salariés pourront mobiliser les éléments d'information contenus dans la base de données économiques et sociales prévue à l'article L. 2323-7-2 du Code du travail⁵. Cette base doit comporter des renseignements indispensables à la connaissance par les représentants des salariés de la réalité de la situation de l'entreprise

¹ ANI, 11 janv. 2013, préc., art. 18.

² A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Tome 1, Leçon 1, éd. Hermann, 1998.

³ Cons. const., déc. n° 93-328 DC, du 16 déc. 1993, JO du 21 déc. 1993, p. 17814.

⁴ tels que l'évolution du chiffre d'affaire ou l'état prévisionnel de l'activité et de la trésorerie, ANI du 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 préc., art. 2.

⁵ ANI du 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 préc., art. 2.

tels que des informations relatives à l'investissement social¹, matériel et immatériel de l'entreprise, à ses fonds propres et à son endettement, à l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants, à la rémunération des financeurs, aux flux financiers à destination de l'entreprise² ou encore, le cas échéant, aux transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe³. De surcroît, ces informations doivent porter sur les deux dernières années mais aussi intégrer les perspectives envisagées pour les trois années suivantes. Elles offrent ainsi aux représentants des salariés une lisibilité sur l'avenir de l'entreprise propre à assurer la transparence indispensable à l'émergence d'un diagnostic *partagé*.

204. La loi garantit aux délégués syndicaux et aux représentants du personnel un accès à cette base de données particulièrement précieuse pour connaître la situation de l'entreprise les enjeux et les contraintes qui pèsent sur elle⁴. Ainsi, lorsque la négociation de l'accord se déroule avec les délégués syndicaux ou, en leur absence, avec un ou plusieurs représentants élus mandatés⁵, les représentants des salariés à la négociation disposeront d'informations leur permettant de réellement pouvoir analyser le diagnostic réalisé par l'employeur sur la situation de l'entreprise et constater l'existence (ou non) de graves difficultés économiques conjoncturelles de nature à justifier la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi. Les délégués du personnel n'ont pour leur part accès à la base qu'en l'absence de comité d'entreprise⁶, ce qui pourrait se révéler problématique dans la mesure où ils peuvent être amenés à négocier un accord de maintien de l'emploi, y compris lorsque un comité d'entreprise a été institué. En effet, l'article L. 5125-4, II du Code du travail prévoit la

¹ L'article L. 2323-7-2 du Code du travail indique que les informations relatives à l'investissement social portent sur l'emploi, l'évolution et la répartition des contrats précaires, des stages et des emplois à temps partiel, la formation professionnelle et les conditions de travail ; art. L. 2323-7-2, 1°, C. trav.

² L'article L. 2323-7-2 du Code du travail indique que les informations relatives aux flux financiers à destination de l'entreprise portent notamment sur les aides publiques et crédits d'impôts ; art. L. 2323-7-2, 6°, C. trav.

³ Art. L. 2323-7-2, C. trav. ; Il convient d'indiquer que la loi du 14 juin 2013 accorde aux entreprises un délai pour la mise en place de cette base de données : les entreprises d'au moins trois cents salariés avaient ainsi jusqu'au 14 juin 2014 pour l'instaurer, et les structures plus petites devront pour leur part l'avoir instaurée au plus tard le 14 juin 2015 (Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 8, IV). Par ailleurs, le décret n° 2013-1305 du 27 décembre 2013 est venu préciser les modalités de mise en place et de fonctionnement de la base de données économiques et sociales ainsi que son contenu. Ce décret précise également les délais laissés aux entreprises pour intégrer les différentes informations dans la base (Décr. n° 2013-1305 du 27 déc. 2013, relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise, JO du 31 déc. 2013, p. 22409, art. 2). En tout état de cause, les renseignements contenus dans les rapports et informations transmis de manière récurrente au comité d'entreprise devront être mis à disposition de ses membres dans la base de données au plus tard le 31 décembre 2016 (Décr. n° 2013-1305 du 27 déc. 2013, préc., art. 2).

⁴ L'article L. 2323-7-2, alinéa 2, du Code du travail dispose ainsi que la base de données est accessible en permanence aux membres du comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, ainsi qu'aux membres du comité central d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et aux délégués syndicaux.

⁵ Art. L. 5125-4, C. trav..

⁶ Art. L. 2323-7-2, al. 2, C. trav.

possibilité de négocier un accord de maintien de l'emploi avec un ou plusieurs représentants élus mandatés par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche, ou à défaut au niveau national interprofessionnel, sans qu'aucun ordre de priorité ne soit établi entre les différents représentants.

Par ailleurs, les salariés ordinaires n'ont pas accès à cette base. Ceci peut s'avérer problématique puisqu'en l'absence de délégués syndicaux et de représentants élus un accord de maintien de l'emploi peut être conclu par un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche ou à défaut au niveau national interprofessionnel¹. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, la transparence du dialogue entre employeur et délégués du personnel mandatés ou salarié(s) mandaté(s) indispensable à l'existence d'un réel diagnostic partagé sur la situation de l'entreprise commande qu'un accès « exceptionnel » au contenu de la base de données économiques et sociales soit accordé aux délégués du personnel mandatés en présence d'un comité d'entreprise ou aux salariés mandatés pour la négociation de l'accord de maintien de l'emploi. Les modalités de cet accès temporaire devront être définies avec l'employeur s'agissant, notamment, du nécessaire respect de l'obligation de discrétion à l'égard des informations contenues dans la base de données revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur².

Si l'accès aux représentants des salariés à l'ensemble des informations relatives à la situation économique de l'entreprise conditionne la transparence du dialogue social, et avec elle la possibilité d'une analyse réellement *partagée* sur les graves difficultés conjoncturelles invoquées par l'employeur pour ouvrir la négociation d'un accord de maintien de l'emploi, cette condition nécessaire n'est pas suffisante. Il est en effet indispensable que les représentants des salariés qui s'apprêtent à éventuellement conclure un accord susceptible de réduire les droits des salariés, voire d'entraîner le prononcé de licenciements pour motif économique, soient mis en mesure de comprendre les informations qui leur sont fournies.

205. *Recours possible à l'assistance d'un expert-comptable.* Pour ce faire, l'ANI du 11 janvier 2013 stipule que les représentants des salariés « *pourront faire appel à un expert-comptable de leur choix, financé par l'entreprise* »³. Malheureusement, l'article L. 5125-1 du Code du travail ne retranscrit pas fidèlement l'ANI sur ce point puisqu'il dispose qu'« *un expert-comptable peut être mandaté par le comité d'entreprise pour accompagner les*

¹ Art. L. 5125-4, C. trav.

² Art. L. 2323-7-2, C. trav., *in fine*.

³ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

organisations syndicales dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation, dans les conditions prévues à l'article L. 2325-35 ». La loi réduit ainsi considérablement la possibilité que les négociateurs salariés bénéficient de l'éclairage d'un expert sur l'analyse des informations qui leur sont fournies lors de la négociation d'un accord de maintien de l'emploi.

En premier lieu, l'assistance des organisations syndicales par un expert comptable à l'occasion de l'analyse du diagnostic et de la négociation est subordonnée au mandatement par le comité d'entreprise d'un tel expert¹. La simple faculté offerte au comité de décider de faire appel à un expert lui accorde le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une telle assistance et lui confère ainsi en quelque sorte un droit de regard sur la pertinence du recours à un accord de maintien de l'emploi². Le refus du comité de mandater un expert pour assister les organisations syndicales lors de la négociation devrait ainsi constituer « *un signal négatif dans la voie du processus de conclusion d'un tel accord* »³.

En second lieu, l'article L. 5125-1 du Code du travail n'envisage l'accompagnement d'un expert comptable pour l'analyse du diagnostic et lors de la négociation qu'au seul bénéfice des organisations syndicales, à l'exclusion des représentants élus mandatés et des salariés mandatés qui peuvent pourtant être appelés dans certaines circonstances à négocier un accord de maintien de l'emploi⁴. Au regard des enjeux induits par la conclusion (ou l'absence de conclusion) d'un accord de maintien de l'emploi⁵, il apparaît pourtant essentiel que les négociateurs représentants des salariés puissent bénéficier de l'assistance d'un expert-comptable quel que soit leur statut⁶. Il est à ce titre regrettable qu'aucun accompagnement des salariés mandatés par un expert ne soit prévu en l'absence de comité d'entreprise, alors même que ces salariés n'ont *a priori* que peu d'expérience en matière de négociation collective. Il serait donc opportun que les organisations syndicales représentatives mandatant un salarié pour ce type de négociation subordonnent la validité de leur mandat à la double condition que le salarié mandaté ait accès à la base de données économiques et sociales et qu'il soit assisté par un expert-comptable rémunéré par l'entreprise lors de la négociation.

¹ Art. L. 5125-1, I, C. trav.

² En ce sens, G. LOISEAU, « Les accords de maintien de l'emploi », JCP S 2013, 1260. ; M. CARON, « Le nouveau visage de l'expertise après la loi de sécurisation de l'emploi », SSL 2013, n° 1594.

³ G. LOISEAU, art. préc.

⁴ Art. L. 5125-4, C. trav.

⁵ La conclusion d'un accord de maintien de l'emploi est en effet censée garantir le maintien de l'emploi des salariés qui acceptent les sacrifices prévus par l'accord en termes de durée du travail ou de rémunération, et entraîne le licenciement pour motif économique des salariés qui s'y opposent.

⁶ Comme semble le prévoir l'ANI du 11 janvier 2013 ; ANI, 11 janv. 2013, préc., art. 18.

De la même manière, la possibilité d'être assisté lors de l'analyse du diagnostic et de la négociation par un expert comptable rémunéré par l'entreprise devrait être instaurée au bénéfice de tous les négociateurs salariés, syndicats, représentants élus ou salariés mandatés. Le diagnostic partagé de la situation de l'entreprise constitue la clef de voûte fondant le partage de responsabilité entre employeur et organisations syndicales dans l'éventuelle réduction de leurs droits contractuels et les licenciements des salariés s'opposant à l'accord. Toutefois, cette clef de voûte repose sur deux piliers qui semblent à l'heure actuelle souvent bien fragiles.

206. L'établissement d'un diagnostic partagé suppose un dialogue social basé sur la confiance et la transparence. Celui-ci passe tout d'abord par la communication aux représentants des salariés à la négociation de l'ensemble des informations requises pour qu'ils connaissent réellement la situation économique de l'entreprise. Or, pour reprendre la formule de Jean-Emmanuel RAY « *côté employeur, le partage de l'information n'est pas forcément naturel* », et ce particulièrement « *en nos temps de guerre économique* »¹. Nonobstant le droit à l'information des représentants des salariés, il n'est pas impossible qu'en pratique les employeurs soient réticents à porter à leur connaissance l'intégralité des renseignements nécessaires une négociation éclairée de l'accord de maintien de l'emploi...

Si spontanément les directions d'entreprise sont peu enclines à partager l'ensemble des informations relatives à la situation de l'entreprise, il n'est pas plus « naturel » pour les syndicats ou les représentants du personnel d'être directement impliqués dans une gestion de l'emploi qu'ils ne maîtrisent pas². Ainsi, « le second pilier » apparaît également bien fragile puisqu'il repose sur le fait que les organisations syndicales prennent une part active dans la gestion de l'emploi en acceptant de conclure « un pari » avec l'employeur selon lequel en aménageant « à la baisse » les conditions d'emploi des salariés, l'entreprise devrait pouvoir traverser la grave crise conjoncturelle qu'elle connaît, en assurant le maintien de l'emploi des salariés acceptant les stipulations de l'accord et en licenciant ceux qui s'y opposent.

Or certains syndicats condamnent par principe ces accords, considérés comme un « marché de dupes » réalisé sur « fond de chantage à l'emploi »³. Nombre de syndicats n'ont aucunement envie d'être associés à la conclusion d'un accord marqué par tant d'aléas. Ils craignent également d'être perçus par leur base comme ayant « collaboré » à la préparation de

¹ J.-E. RAY, art. préc.

² J.-E. RAY, art. préc.

³ Tel est le cas de la CGT notamment, comme en témoigne l'article précité d'Anne BRAUN.

restructurations destructrices d'emplois Certains syndicats comme la CGT, qui a refusé de conclure l'ANI du 11 janvier 2013, expriment clairement leur désapprobation de principe à l'égard des accords de maintien de l'emploi, tout en mettant en avant le fait que si la collectivité du personnel souhaite que soit conclu un tel accord ils se plieront à cette volonté¹...

Le diagnostic partagé, clef de voûte du dispositif des accords de maintien de l'emploi repose donc sur deux piliers extrêmement fragiles : la capacité de l'employeur à partager toutes les informations nécessaires à éclairer les représentants des salariés lors de la négociation et celle des organisations syndicales à accepter d'être impliquées dans une gestion de l'emploi sur laquelle elles n'ont en réalité aucune emprise, mais dont elle devront assumer une part de responsabilité en cas d'échec.

L'existence de ce diagnostic partagé sur la situation de l'entreprise est indispensable pour conférer une légitimité à l'accord de maintien de l'emploi, mais son efficacité est subordonnée à un changement de mentalités de l'ensemble des partenaires sociaux, changement de mentalités qui viendra peut-être avec le temps mais qu'aucune loi ne pourra à elle seule provoquer.

De surcroît, faute de diagnostic partagé, il semble peu probable que l'employeur obtiendra la signature des syndicats « majoritaires », condition de validité d'un accord de maintien de l'emploi.

B - La validité de l'accord subordonnée à une exigence majoritaire

207. Conformément au vœu des signataires de l'ANI du 11 janvier 2013, l'accord de maintien de l'emploi ne peut être valable qu'à condition de respecter une exigence majoritaire afin de légitimer le « *nouvel équilibre* » temporaire « *dans l'arbitrage global temps de travail/salaire/emploi* »². L'article L. 5125-4 du Code du travail définit les conditions de validité d'un accord de maintien de l'emploi selon qu'il est conclu dans une entreprise comportant (ou non) au moins un délégué syndical. Il convient d'indiquer que si les articles

¹ A. BRAUN, art. préc.

² ANI, 11 janv. 2013, préc., art. 18.

L. 5125-1 et suivants du Code du travail ne le précisent pas, le comité d'entreprise devra être informé de la décision de conclure un accord de maintien de l'emploi en application de l'article L. 2323-6 du Code du travail au plus tard avant la conclusion de l'accord¹, ce qui lui permettra de décider de mandater (ou non) un expert pour assister les organisations syndicales. De même, la consultation du CHSCT devrait également être obligatoire, la conclusion et la mise en œuvre d'un accord de maintien de l'emploi constituant vraisemblablement un projet « *d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail* », imposant la consultation du CHSCT en application de l'article L. 4612-8 du Code du travail.

208. Entreprise dotée de délégués syndicaux. En présence de délégués syndicaux dans l'entreprise, la négociation d'un accord de maintien de l'emploi doit être menée avec ces derniers. Si l'ANI du 11 janvier 2013 stipule que pour être valable un accord de maintien de l'emploi « *conclu avec des délégués syndicaux doit être signé par une ou plusieurs organisations ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés au 1^{er} tour des précédentes élections professionnelles (titulaires)* »², la loi de sécurisation de l'emploi n'a pas fidèlement retranscrit la volonté des partenaires sociaux³. En effet, l'article L. 5125-4 du Code du travail prévoit pour sa part que la validité de l'accord de maintien de l'emploi « *est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* ».

La validité de l'accord est donc soumise à une exigence majoritaire affaiblie par rapport à celle prescrite par l'ANI du 11 janvier 2013. En effet, la validité de l'accord n'est pas subordonnée à son caractère majoritaire au regard de l'ensemble des suffrages valablement exprimés au premier tour des élections professionnelles. Ne sont pris en compte que les votes en faveur des organisations syndicales représentatives, ce qui réduit d'autant la base sur laquelle est calculée la majorité et, avec elle, la réalité du caractère majoritaire de l'accord. Eu égard aux répercussions de la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi, il

¹ Cass. soc., 5 mai, 1998, *EDF*, Bull. civ. V, n° 219 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 159 ; Dr. ouvrier 1998, p. 350, note D. BOULMIER ; Dr. soc. 1998, p. 879, rapp. J.-Y. FROUIN.

² ANI du 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 préc., art. 4 ;

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

est regrettable que la volonté d'en faciliter la conclusion conduise à retenir un critère « faussement » majoritaire.

209. Entreprises dépourvues de délégué syndical. Lorsque l'entreprise est dépourvue de délégué syndical, et ce quel que soit l'effectif employé, l'article L. 5125-4, II du Code du travail prévoit qu'un accord de maintien de l'emploi peut être conclu par un ou plusieurs représentants élus mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel¹. En l'absence de représentants élus, l'accord peut être conclu par un ou plusieurs salariés mandatés selon les mêmes modalités que celles exigées pour les représentants du personnel. Dans un cas comme dans l'autre, la validité de l'accord de maintien de l'emploi est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés ; l'accord devant fixer les modalités d'organisation du référendum dans le respect des principes généraux du droit électoral.

En l'absence de délégué syndical pour négocier l'accord de maintien de l'emploi priorité est donc donnée à la négociation avec les représentants élus mais selon des modalités totalement différentes de celles prévues aux articles L. 2232-21 et suivants du Code du travail². Il semble ainsi que l'accord peut être signé par un seul élu, quelles que soient ses fonctions représentatives et ce qu'il soit titulaire ou suppléant. Aucune priorité entre élus au comité d'entreprise, à la délégation unique du personnel et délégués du personnel n'est établie par le texte à la différence des dispositions « de droit commun »³. Il est en revanche indispensable que le ou les représentants élus aient été mandatés pour cette négociation par

¹ Ainsi, et à la différence du « droit commun de la négociation collective d'entreprise en l'absence de délégué syndical » résultant des prévisions des articles L. 2232-21 et suivants du Code du travail, les entreprises dépourvues de délégués syndicaux y compris lorsqu'elles comptent plus de 200 salariés peuvent conclure un accord de maintien de l'emploi avec des représentants élus mandatés et à défaut des salariés mandatés. L'article L. 5125-4 du Code du travail, pas plus que l'ANI du 11 janvier 2013, n'envisagent la possibilité de conclure un accord de maintien de l'emploi avec un ou plusieurs représentants de section syndicale en l'absence de délégué syndical.

² Ces articles sont relatifs à la négociation d'un accord d'entreprise avec des représentants élus en l'absence de délégués syndical dans une entreprise de moins de 200 salariés. Sur les dérogations aux règles fixées par ces articles en matière d'accord de maintien de l'emploi, V. A. MARTINON, art. préc. ; M. MORAND, art. préc.

³ En effet, l'article L. 2232-21 établit une sorte d'ordre de priorité entre les représentants élus pour négocier un accord d'entreprise puisqu'il prévoit que « Dans les entreprises de moins de deux cents salariés, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou, à défaut, les délégués du personnel peuvent négocier et conclure des accords collectifs de travail »

une organisation syndicale représentative au niveau de la branche et à *défaut* au niveau national et interprofessionnel¹.

210. De ce point de vue, la formulation de l'article L. 5125-4 du Code du travail est relativement ambiguë. Est-ce à *défaut* d'organisation syndicale représentative dans la branche que les représentants élus peuvent être mandatés par une organisation représentative au niveau national interprofessionnel ou à *défaut* qu'une des organisations représentatives au niveau de la branche ait accepté de mandater un représentant élu pour négocier l'accord de maintien de l'emploi ? La première interprétation n'ayant que peu de sens², il semble donc qu'il faille retenir la seconde ce qui n'est pas sans soulever certaines difficultés. Tout d'abord, il faudra pouvoir démontrer qu'aucune des organisations syndicales représentatives de la branche n'a accepté de mandater un représentant élu pour la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi³. Ensuite, cela signifie qu'un tel accord pourra être conclu par un représentant mandaté par une organisation syndicale qui bien que représentative au niveau national et interprofessionnel pourrait en revanche ne pas l'être dans l'entreprise dans laquelle s'appliquera l'accord. Toutefois, la légitimité de ce dernier devrait être assurée par son approbation par la majorité des salariés, condition de validité d'un accord de maintien de l'emploi conclu avec un ou plusieurs représentants élus mandatés⁴. En l'absence de représentants élus dans l'entreprise, l'accord de maintien de l'emploi pourra être conclu par un ou plusieurs salariés mandatés⁵. À cet égard, bien que l'article L. 5125-4 du Code du travail ne le précise pas, il devrait être nécessaire pour que l'accord puisse être conclu par un salarié mandaté qu'un procès verbal de carence constatant l'absence de représentants élus ait été établi⁶.

¹ Seul le mandatement par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau de la branche était prévu par l'ANI du 11 janvier 2013 qui n'envisageait aucunement le recours à *défaut* au mandatement par les organisations syndicales représentatives au niveau national interprofessionnel.

² En ce sens, M. MORAND, art. préc.

³ En ce sens, M. MORAND, art. préc.

⁴ A ce titre, la négociation d'un accord de maintien de l'emploi avec des représentants élus en l'absence de délégué syndical, déroge là encore au « droit commun de la négociation avec les représentants élus du personnel en l'absence de délégué syndical ». Non seulement aucun mandatement par une organisation syndicale n'est prévu, mais surtout la validité de l'accord conclu avec les représentants élus est subordonnée à sa « *conclusion par des membres titulaires élus au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles et à l'approbation par la commission paritaire de branche* » ; art. L. 2232-22, C. trav.

⁵ Il convient d'indiquer que le ou les salariés mandatés pour la négociation d'un accord de maintien de l'emploi le salarié mandaté bénéficient « *de la protection contre le licenciement prévue au chapitre Ier du titre Ier du livre IV de la deuxième partie du présent code pour les salariés mandatés dans les conditions fixées à l'article L. 2232-24.* » ; Art. L. 5125-4, IV, C. trav.

⁶ En ce sens, M. MORAND, art. préc.

En tout état de cause, un accord de maintien de l'emploi conclu par un ou plusieurs représentants élus mandatés à cet effet ou par un ou plusieurs salariés mandatés devra être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés¹, ce qui est de nature à lui conférer une certaine légitimité.

211. Pour que les salariés puissent se prononcer en toute connaissance de cause sur l'accord conclu par des représentants ou des salariés mandatés, il est essentiel qu'ils soient informés de son contenu et notamment des aménagements des conditions d'emploi qu'il implique. Ils doivent également être informés sur le fait qu'en cas de refus de se soumettre à son application, ils seront licenciés selon des modalités *a priori* dérogatoires au droit commun du licenciement pour motif économique. Il importe en outre qu'ils soient mis au courant de la situation de l'entreprise objet du diagnostic partagé entre les parties à l'accord. De ce point de vue, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise et les représentants élus ont un rôle essentiel à jouer auprès des salariés afin de les informer des tenants et aboutissants de l'accord².

§ 2 : L'objet de l'accord de maintien de l'emploi

L'objet d'un accord de maintien de l'emploi est de permettre à une entreprise qui connaît de graves difficultés économiques conjoncturelles d'essayer de les surmonter grâce à la modification provisoire de certains droits contractuels des salariés. Archétypes des accords donnant-donnant, ces accords illustrent la logique de flexisécurité qui irrigue le droit du travail depuis quelques années. La conclusion d'un tel accord offre ainsi davantage de flexibilité à l'entreprise dans l'utilisation de la main d'œuvre et dans la gestion des « coûts » qu'elle représente grâce à la réduction des droits des salariés prétendument compensée par une « sécurisation de l'emploi », en réalité toute relative. La mise en place d'un nouvel équilibre temporaire « *dans l'arbitrage global temps de travail/salaire/emploi* »³ résultant de

¹ L'accord de maintien de l'emploi devra prévoir à ce titre les modalités de l'organisation du scrutin : les conditions dans lesquelles les salariés seront informés du contenu de l'accord, la formulation de la question qui leur sera posée, la date et l'heure du scrutin, les modalités d'organisation et de déroulement du vote, etc., dans le respect des principes généraux du droit électoral ; Art. L. 5125-4, C. trav.

² A. BRAUN, art. préc.

³ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi impose donc des « efforts » aux salariés (A). Ces sacrifices destinés à permettre à l'entreprise de « *passer un cap difficile* »¹ sont censés être compensés (B). Par ailleurs, dans la mesure où il serait inique que les salariés soient la seule partie prenante de l'entreprise à laquelle sont « imposés » des sacrifices pour surmonter la crise, l'accord doit prévoir la fourniture d'efforts proportionnels à ceux des salariés par les dirigeants salariés, les mandataires sociaux et les actionnaires, stipulation conventionnelle dont la portée semble plus qu'incertaine (C).

.A – Les efforts « imposés » aux salariés

212. Faculté d'aménagement conventionnel de la durée du travail et de la rémunération. L'accord de maintien de l'emploi peut temporairement aménager la durée du travail, les modalités d'organisation et de répartition du temps de travail et/ou la rémunération des salariés². Les partenaires sociaux ont ainsi la faculté de prévoir des mesures telles qu'un gel des salaires, la réduction voire la suppression de certaines primes ou avantages liés à l'ancienneté, la suppression d'un treizième mois ou du bénéfice de tickets restaurant, l'instauration d'un nouveau rythme de travail afin de rentabiliser au maximum l'utilisation des outils de production, un réaménagement de la durée du travail en fonction des variations de l'activité de l'entreprise, une augmentation de la durée du travail³ sans augmentation de salaire abaissant ainsi le taux horaire de la rémunération des salariés, une réduction de la durée du travail en supprimant le recours aux heures supplémentaires, ou encore prévoir une baisse de la durée du travail en dessous de la durée légale à condition de recourir à l'activité partielle⁴, etc. L'article L. 5125-7 du Code du travail précise en effet que les accords de maintien de l'emploi sont compatibles avec le dispositif de l'activité partielle. Si les partenaires sociaux peuvent ainsi remettre en cause les éléments essentiels du contrat de travail que constituent la rémunération ou la durée du travail, l'article L. 5125-1 du Code du travail leur interdit de déroger à un certain nombre de dispositions, qualifiées d'ordre public

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

² Art. L. 5125-1, C. trav.

³ Dans le respect de la durée légale à laquelle ces accords ne peuvent déroger ; art. L. 5125-1, C. trav.,

⁴ Les accords de maintien de l'emploi ne peuvent en effet déroger à la durée légale du travail, art. L. 5125-1, C. trav.

« social » par l'ANI du 11 janvier 2013¹, mais qui relèvent en réalité pour nombre d'entre elles de l'ordre public absolu.

213. Limites imposées à l'aménagement conventionnel de la durée du travail et de la rémunération. Si les accords de maintien de l'emploi peuvent imposer des sacrifices aux salariés, ils sont tenus toutefois de respecter un certain nombre de garanties minimales. L'article L. 5125-1 du Code du travail dresse ainsi la liste des dispositions légales auxquelles les partenaires sociaux ne peuvent en aucune mesure déroger dans le cadre d'un accord de maintien de l'emploi. Ainsi, s'il peut aménager la durée du travail, sa répartition ou son organisation, un accord de maintien de l'emploi ne peut en revanche contrevenir aux dispositions relatives à la durée légale du travail, au contingent d'heures supplémentaires et aux contreparties financières ou en repos dont ces heures doivent être l'objet².

En outre, un accord de maintien de l'emploi ne saurait contenir des mesures entraînant un dépassement des durées maximales de travail quotidien des travailleurs de jour³ comme de nuit⁴, ou des durées maximales de travail hebdomadaire relative et absolue des travailleurs de jour⁵ comme de nuit⁶, pas plus que des stipulations dérogeant aux temps de pause⁷ ou de repos minimal quotidien et hebdomadaire⁸. Si l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles peut justifier certains sacrifices de la part des salariés dont le maintien de l'emploi est censé être garanti, cette situation ne saurait en aucun cas autoriser une mise en danger leur santé ou leur sécurité en dérogeant aux durées maximales de travail et minimales de repos édictées pour les préserver. De surcroît, un accord de maintien de l'emploi ne peut contrevenir aux dispositions relatives aux congés payés⁹ ou à la législation relative au 1^{er}

¹ ANI 11 janv. 2013, préc., art. 18.

² L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé aux articles L. 3121-10 à L. 3121-25 du Code du travail.

³ L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé à l'article L. 3121-34 du Code du travail.

⁴ L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé à l'article L. 3122-34 du Code du travail.

⁵ L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé aux articles L. 3121-35 et L. 3121-36 du Code du travail.

⁶ L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé à l'article L. 3122-35 du Code du travail.

⁷ L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé à l'article L. 3121-33 du Code du travail.

⁸ L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé aux articles L. 3131-1 à L. 3132-2 du Code du travail.

⁹ L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé aux articles L. 3141-1 à L. 3141-3 du Code du travail.

mai¹. En sus et conformément aux dispositions de l'article L. 2253-3 du Code du travail, un accord de maintien de l'emploi ne peut déroger aux clauses des conventions de branche, accords professionnels ou interprofessionnels relatives aux salaires minima, classifications, garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale et à la mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

Enfin, non seulement les partenaires sociaux ne peuvent déroger au salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC)² mais de surcroît l'application des stipulations d'un accord de maintien de l'emploi ne peut avoir pour effet de réduire la rémunération horaire ou mensuelle des salariés dont le taux horaire est égal ou inférieur à 120 % du SMIC, pas plus qu'elle ne peut ramener la rémunération des autres salariés en dessous de ce seuil³. Ainsi, un accord de maintien de l'emploi peut instituer une répartition des efforts différente entre les catégories de salariés. Tel serait le cas par exemple s'il mettait en place un abaissement de la durée du travail, induisant une réduction proportionnelle de la rémunération. En effet, les salariés dont la rémunération est inférieure ou égale à 1,2 SMIC verraient leur temps de travail diminuer avec un maintien de leur rémunération, quand les autres verraient la leur réduite à proportion de la réduction de leur temps de travail. De même, les partenaires sociaux peuvent décider que l'accord de maintien de l'emploi et les sacrifices qu'il impose aux salariés ne s'applique pas à l'ensemble du personnel de l'entreprise.

En effet, si la loi précise qu'un accord de maintien de l'emploi doit être conclu au niveau de l'entreprise (à l'exclusion du niveau du groupe ou de l'établissement), elle affirme implicitement que son champ d'application peut être réduit à certains salariés⁴, ce que confirment les stipulations de l'ANI du 11 janvier 2013⁵. Celui-ci stipule à ce titre que « *le champ de ces accords peut couvrir tout ou partie de l'établissement ou de l'entreprise* »⁶. Seuls les salariés compris dans le champ d'application de l'accord seront soumis, sous réserve de leur accord, aux aménagements de la durée du travail, de son organisation ou de sa répartition et aux stipulations conventionnelles relatives à la rémunération.

¹ L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé à l'article L. 3133-4 du Code du travail.

² L'article L. 5125-1 du Code du travail interdit en effet qu'il soit dérogé à l'article L. 3231-2 du Code du travail.

³ Art. L. 5125-1, II, C. trav.

⁴ En effet, l'article L. 5125-1 du Code du travail prévoit que l'accord de maintien de l'emploi est un accord d'entreprise qui « *peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération* », ce qui laisse donc la possibilité aux partenaires sociaux de définir le champ d'application de l'accord de maintien de l'emploi à certains salariés seulement.

⁵ ANI du 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 préc., art. 1^{er}, b.

⁶ ANI du 11 janvier 2013, annexe préc., art. 1^{er}, b.

214. Durée limitée des efforts imposés aux salariés. Conformément aux stipulations de l'ANI du 11 janvier 2013¹, l'article L. 5125-1 du Code du travail dispose que la durée d'un accord de maintien de l'emploi ne saurait excéder deux ans. Il est on ne peut plus logique que la durée d'un tel accord dérogeant *in pejus* aux contrats de travail soit limitée à deux ans maximum dans la mesure où les sacrifices imposés aux salariés sont censés permettre à l'entreprise de faire face à de graves difficultés économiques *conjoncturelles*. Un auteur estime que cette durée de deux ans peut en pratique se révéler trop brève pour permettre aux mesures de flexibilité de produire leurs effets et ainsi une amélioration de la situation de l'entreprise, flexibilité qu'il juge par ailleurs trop encadrée par l'impossibilité de déroger à un certain nombre de règles d'ordre public². Il estime qu'il aurait été opportun qu'une possibilité de renouvellement de l'accord de maintien de l'emploi eût été prévue par le législateur. Nous ne partageons pas ce point de vue dans la mesure où comme le souligne Jean-Marc GERMAIN, rapporteur de la loi de sécurisation de l'emploi devant l'Assemblée nationale « **au-delà de deux ans, une entreprise qui n'a pas réussi à surmonter ses difficultés conjoncturelles bascule en réalité dans des difficultés structurelles** »³.

Les dérogations *in pejus* aux contrats de travail résultant d'un accord de maintien de l'emploi strictement limitées dans le temps et par le respect de certaines dispositions d'ordre public doivent non seulement être justifiées par la situation économique alarmante de l'entreprise mais doivent surtout logiquement donner lieu à des contreparties.

B – Les contreparties accordées aux salariés

L'article L. 5125-1 du Code du travail prévoit qu'un accord de maintien de l'emploi peut imposer temporairement des sacrifices aux salariés « **en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord (...)** pendant [laquelle], l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique. ». En réalité, le maintien de l'emploi ne constitue pas réellement une contrepartie à la réduction des droits des salariés

¹ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 18.

² G. LOISEAU, art. préc.

³ J.-M. GERMAIN, AN, rapp., n° 847, préc., p. 327.

induite par l'application de l'accord¹. Ainsi, d'un point de vue comptable, les sacrifices imposés aux salariés ne sont pas considérés comme compensés par le maintien de leur emploi, ces efforts sont tout au plus le prix à payer pour éviter la perte de leur emploi². Le fait que le maintien de l'emploi ne soit pas une réelle contrepartie aux efforts des salariés n'a pas échappé au législateur puisqu'il impose aux partenaires sociaux d'instaurer une véritable compensation des sacrifices fournis par les salariés. L'accord de maintien de l'emploi doit en effet prévoir « *les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés, à l'issue de sa période d'application ou dans l'hypothèse d'une suspension de l'accord pendant son application, pour ce motif* »³.

L'application d'un accord de maintien de l'emploi est censée garantir aux salariés le maintien de leur contrat de travail pendant la durée de son application, garantie qui nous paraît somme toute relative (1). L'accord étant censé répondre à de graves difficultés conjoncturelles, il est logique que l'amélioration de la situation de l'entreprise résultant des sacrifices des salariés soit compensée par « *le partage du bénéfice économique de l'accord* »⁴, ce qui, à la différence du maintien de l'emploi, constitue une réelle contrepartie à la réduction des droits imposée par l'accord (2).

1 - La garantie, relative, du maintien de l'emploi

215. Impossibilité de prononcer des ruptures pour motif économique dans le champ d'application de l'accord. L'ANI du 11 janvier 2013 a prévu qu'en contrepartie des aménagements de la durée du travail et/ou de la rémunération des salariés, « *l'employeur s'engage à maintenir dans l'emploi les salariés auxquels ils s'appliquent, pour une durée **au moins égale** à celle de l'accord* »⁵. Si l'article L. 5125-1 du Code du travail ne vise pour sa part que l'engagement de l'employeur de maintenir les emplois « *pendant la durée de validité de l'accord* », rien ne semble interdire aux partenaires sociaux de prévoir dans l'accord de maintien de l'emploi que l'employeur est tenue de maintenir l'emploi pour une durée supérieure à celle de l'accord. Alors que l'ANI du 11 janvier 2013 ne formulait pas expressément l'interdiction pour l'employeur de prononcer des ruptures pour motif

¹ En ce sens, G. LOISEAU, art. préc. ; A. BRAUN, art. préc.

² En ce sens, G. LOISEAU, art. préc.

³ Art. L. 5125-1, III, C. trav.

⁴ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

⁵ ANI 11 janv. 2013, préc., art. 18.

économique, la lettre de l'article de l'article L. 5125-1 du Code du travail est sur ce point très claire : « *l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique* ». Si seules les ruptures pour motif économique sont proscrites pendant l'application de l'accord, sont en revanche concernées toutes les ruptures pour motif économique et non pas simplement les licenciements¹. Ainsi, pendant l'application d'un accord de maintien de l'emploi, l'employeur ne peut prononcer ni un licenciement pour motif économique, ni mettre en place un plan de départs volontaires ou conclure une rupture conventionnelle pour motif économique, dans le champ d'application de l'accord.

En effet, la garantie de maintien de l'emploi ne bénéficie qu'aux seuls salariés visés par l'accord. S'il ne s'applique qu'à l'un des établissements de l'entreprise, l'employeur pourra procéder à des licenciements pour motif économique dans les autres. Une difficulté pourrait surgir lors de l'application des critères de l'ordre des licenciements, ordre qui s'applique, sauf disposition conventionnelle contraire, à l'ensemble de l'entreprise et qui pourrait ainsi désigner un salarié soumis à l'accord de maintien de l'emploi². Pour éviter ce type de situation, il faudra exclure les salariés de l'entreprise assujettis à un accord de maintien de l'emploi de l'application de l'ordre des licenciements³.

216. Effectivité toute relative de la garantie d'emploi. Les salariés qui consentent à des sacrifices pour permettre à l'entreprise de faire face aux graves difficultés économiques conjoncturelles qui ont présidé à la conclusion de l'accord de maintien de l'emploi sont censés être assurés de conserver leur emploi pendant la durée d'application de l'accord. Toutefois, la portée de l'engagement de maintien de l'emploi est somme toute relative. Si, à la différence des engagements conventionnels de garantie de l'emploi antérieurs à loi du 14 juin 2013 qui n'étaient l'objet d'aucun encadrement légal et dont la sanction en cas de violation par l'employeur était relativement incertaine⁴, le non-respect par l'employeur de l'interdiction

¹ En ce sens également, A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation - Une réforme peut en cacher une autre », RDT 2013, p. 184 ; *contra* A. MARTINON, art. préc.

² Cass. soc., 24 mars 2013, Bull. civ. V, n° 97 ; GADT, 4^{ème} éd. n° 112 ; sur la possibilité de réduire le champ d'application des critères de l'ordre des licenciements, V. Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-27.458 et art. L. 1233-24-2, 2°, C ; trav.

³ En ce sens, S. BEAL, art. préc.

⁴ En ce sens, E. PESKINE, art. préc. ; A. MARTINON, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc. ; M-A. SOURIAU-ROTSCHILD, art. préc. ; F. GAUDU, art. préc. ; J. SAVATIER, art. préc. ; M.-F. BIED-CHARRETON, art. préc.

de prononcer des ruptures pour motif économique dans le champ d'application de l'accord est l'objet de sanctions légales, celles-ci sont relativement peu comminatoires¹.

S'il licencie pour motif économique un salarié assujéti à l'accord de maintien de l'emploi, l'employeur s'expose à une double sanction. L'accord doit en effet contenir une clause pénale déterminant le montant des indemnités auxquelles peuvent prétendre les salariés licenciés en violation de l'accord². Cette sanction peut être comminatoire si le montant forfaitaire conventionnellement est élevé. En pratique, cela dépendra de la capacité des syndicats à obtenir lors de la négociation de l'accord la fixation d'une clause pénale réellement dissuasive. Or, les marges de manœuvres syndicales devraient être limitées eu égard à la situation de l'entreprise, qui connaît de graves difficultés économiques et au risque que la négociation se déroule sur fond de « chantage à l'emploi »³. En tout état de cause, cette sanction n'assure pas le maintien de l'emploi, comme le ferait l'annulation des ruptures prononcées en violation de l'accord puisque le salarié licencié malgré l'engagement de maintien de l'emploi n'aura droit qu'au versement de dommages et intérêts.

Par ailleurs, l'employeur qui n'exécute pas loyalement son engagement en faveur du maintien de l'emploi s'expose à la suspension de l'accord, voire à sa résiliation judiciaire⁴. Le manquement de l'employeur sera certes sanctionné, mais à titre individuel le salarié qui pendant des mois aura consenti à des sacrifices censés assurer le maintien de son emploi, ne bénéficiera que de dommages et intérêts, et se retrouvera finalement au chômage.

De manière plus générale, rien ne garantit que l'application de l'accord de maintien de l'emploi suffise au redressement de l'entreprise. Ainsi, l'éventualité d'une obligation de résultat imposée à l'employeur de maintenir les emplois alors même que la situation de l'entreprise se dégraderait pourrait se révéler contreproductive en désorganisant l'entreprise au point de la conduire au bord de la liquidation⁵. Le législateur a donc prévu la possibilité que l'application de l'accord de maintien de l'emploi soit suspendue par le Président du tribunal de grande instance en cas d'évolution significative de la situation de l'entreprise et notamment d'une détérioration importante de celle-ci⁶. Par conséquent, lorsque l'aggravation des difficultés économiques constatée par le juge entraîne la suspension temporaire de l'accord, l'employeur devrait recouvrer le pouvoir de prononcer des licenciements pour motif

¹ En ce sens, G. LOISEAU, art. préc.

² Art. L. 5125-2, C. trav.

³ A. BRAUN, art. préc.

⁴ Art. L. 5125-5, C. trav.

⁵ En ce sens, A. MARTINON, art. préc.

⁶ Art. L. 5125-5, C. trav.

économique dans le périmètre de l'accord de maintien de l'emploi dont l'application, et par conséquent l'obligation de maintenir les emplois, est suspendue provisoirement par le juge. Cette analyse est confirmée par l'article L. 5125-6 du Code du travail qui fixe les modalités de calcul des diverses indemnités versées aux salariés licenciés au cours de la suspension judiciaire de l'accord¹.

Que l'article L. 5125-1 du Code du travail interdise à l'employeur de rompre pour un motif économique les contrats des salariés ayant consenti aux sacrifices prévus par l'accord ne garantit donc nullement l'effectivité du maintien de leur emploi. Non seulement, la suspension de l'accord en cas d'aggravation de la situation de l'entreprise autorise l'employeur à prononcer des licenciements pour motif économique dans le périmètre de l'accord, mais encore la violation de l'interdiction de rompre pour un motif économique les contrats des salariés assujettis à l'accord ne donne lieu, à titre individuel, qu'au versement de dommages et intérêts.

Au total, les salariés assujettis à l'accord de maintien de l'emploi se voient imposer des efforts, renoncent à certains de leurs droits en termes de rémunération ou d'aménagement de leur temps de travail sans être assurés de conserver leur emploi. La contrepartie aux sacrifices consentis par les salariés n'est pas davantage assurée au titre du partage des bénéfices économiques résultant de l'accord de maintien de l'emploi.

2 - Le partage, hypothétique, des bénéfices résultant de l'application de l'accord

217. Le maintien de l'emploi des salariés ne constitue pas au sens strict du terme la compensation des efforts qu'ils ont consentis. En effet, une compensation est couramment définie comme « *le fait de rétablir un équilibre en deux choses complémentaires ou antagonistes* »². Or, si d'un côté les salariés se voient imposer une remise en cause des éléments substantiels de leur contrat de travail, de l'autre on pourrait considérer que

¹ L'article L. 5125-6 du Code du travail dispose en effet qu'« *En cas de rupture du contrat de travail, consécutive notamment à la décision du juge de suspendre les effets de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1, le calcul des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles de préavis et de licenciement ainsi que de l'allocation d'assurance mentionnée à l'article L. 5422-1, dans les conditions prévues par les accords mentionnés à l'article L. 5422-20, se fait sur la base de la rémunération du salarié au moment de la rupture ou, si elle est supérieure, sur la base de la rémunération antérieure à la conclusion de l'accord.* ».

² Définition issue du *Trésor de la Langue Française Informatisé*.

l'employeur s'engage simplement à respecter l'obligation de ne prononcer un licenciement pour motif économique qu'en ultime recours. C'est ainsi qu'une conseillère confédérale de la CGT estime qu'aucun « *équilibre entre deux choses complémentaires ou antagonistes* » n'est rétabli par l'engagement conventionnel de maintien de l'emploi.¹ Elle considère ainsi que « *lorsque le salarié accepte l'application d'un accord de « maintien de l'emploi » qui abaisse son salaire, il abandonne une partie de sa rémunération à l'entreprise* », ce qui constitue selon elle un « investissement » dans l'entreprise en contrepartie duquel le salarié devrait selon elle être « au minimum détenteur de nouveaux droits d'intervention sur les choix stratégiques des entreprises, d'un pouvoir nouveau dans la détermination de la gestion de leurs entreprises »².

Cette analyse, discutable, n'a pas été retenue par les parties signataires de l'ANI qui ont prévu qu'« *en contrepartie des efforts demandés, l'accord devra comporter des garanties telles que le partage du bénéfice économique de l'accord arrivé à échéance* »³. L'article L. 5125-1, III, du Code du travail impose pour sa part aux partenaires sociaux de déterminer dans l'accord de maintien de l'emploi « *les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés* ». Ainsi, à l'échéance du terme de l'accord ou en cas de résiliation judiciaire de ce dernier consécutive à une amélioration significative de la situation économique de l'entreprise⁴, les salariés devraient pouvoir jouir à nouveau de l'ensemble des droits qui étaient les leurs avant la conclusion de l'accord. De plus, les sacrifices consentis devraient faire l'objet d'une compensation fonction de l'amélioration de la situation économique que leurs efforts auront permis. L'accord de maintien de l'emploi pourrait ainsi prévoir des rappels de salaire, l'octroi de temps de repos supplémentaires, le versement d'une prime destinée à assurer le « *partage du bénéfice économique de l'accord* »⁵, l'attribution d'actions de l'entreprise, etc.

Inscrits dans la logique de la flexisécurité, les accords de maintien de l'emploi peuvent à n'en pas douter « flexibiliser » les conditions d'emploi des salariés en permettant « l'effacement - l'écrasement - du contrat de travail »⁶, mais sécurisent en revanche beaucoup

¹ La CGT (tout comme FO) a refusé de signer l'ANI du 11 janvier 2013 et a organisé des manifestations pour protester contre sa transcription légale.

² A. BRAUN, art. préc.

³ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 18.

⁴ Art. L. 5125-5, C. trav.

⁵ Conformément au vœu formulé par les signataires de l'ANI ; ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

⁶ F. GEA, art. préc.

moins l'emploi dans la mesure où l'effectivité de la garantie du maintien de l'emploi qu'ils sont censés assurer est plus que relative.

Si lorsqu'une entreprise est dans une situation critique, les partenaires sociaux peuvent imposer aux salariés des efforts, il serait inique que ceux-ci soient les seules parties prenantes de l'entreprise contraints à en fournir. À ce titre, l'accord de maintien de l'emploi doit définir les conditions dans lesquelles dirigeants salariés, mandataires sociaux et actionnaires vont devoir fournir des efforts proportionnés à ceux des salariés, stipulation conventionnelle dont la portée sera plus qu'incertaine.

C – Le partage hypothétique des efforts pour surmonter les difficultés économiques

218. Pour maintenir « *la solidarité et la motivation à l'intérieur de l'entreprise* »¹, l'ANI du 11 janvier 2013 a prévu que « *l'acceptabilité* » des efforts imposés aux salariés était subordonnée au « *respect d'une certaine symétrie des formes à l'égard de la rémunération des mandataires sociaux et des actionnaires. Les dirigeants salariés qui exercent leurs responsabilités dans le périmètre de l'accord doivent participer aux mêmes efforts que ceux qui sont demandés aux salariés* »². Ce partage des efforts ne peut qu'être approuvé. En effet, alors que les salariés se voient « imposer » des sacrifices mettant en cause des éléments essentiels de leur contrat de travail, il serait éminemment choquant que dans le même temps l'entreprise verse d'importants dividendes aux actionnaires ou augmente la rémunération des dirigeants.

Le principe symbolique de ce partage des efforts a été repris par le législateur³. L'article L. 5125-1, II, alinéa 2, du Code du travail dispose ainsi que l'accord de maintien de l'emploi doit prévoir « *les conditions dans lesquelles fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés : 1° Les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord ;*

2° Les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance », qui doivent être

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 préc., art. 5.

² ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 18.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

informés du contenu de l'accord lors de leur première réunion suivant sa conclusion¹. Outre les multiples observations qu'il appelle, ce texte suscite surtout de nombreuses questions relatives à la portée effective de ce partage conventionnel des efforts.

219. L'application des stipulations conventionnelles exigeant des efforts proportionnés de la part des « *dirigeants salariés* » ne soulève pas de problème particulier. En leur qualité de salarié les stipulations de l'accord s'imposent à eux. Toutefois, cette expression ne renvoie en revanche à aucune catégorie juridique existante. Il apparaît possible que « *les dirigeants salariés* » visés à l'article L. 5125-1 du Code du travail correspondent aux « *cadres dirigeants* » au sens de l'article L. 3111-2 du Code du travail². Cette interprétation semble plausible dans la mesure où les cadres dirigeants, au sens de ce texte, ne sont pas assujettis aux dispositions relatives à la durée du travail, à la répartition ou à l'aménagement du temps de travail pas plus qu'à celles relatives au repos et jours fériés, ce qui implique que les efforts conventionnellement imposés aux salariés en matière de temps de travail n'auront pas de conséquence sur la situation des cadres dirigeants. Il convient donc que l'accord de maintien de l'emploi prévoie des efforts proportionnés de la part des cadres dirigeants en termes de rémunération en imposant par exemple sa réduction temporaire, le renoncement à certaines primes, le gel de certains d'entre elles, etc.

220. Le cœur du problème se situe cependant ailleurs. Les efforts proportionnés à ceux des salariés qui pourraient être prévus par l'accord, relèvent de la compétence des organes sociétaires et des règles du droit des sociétés sur lesquels un accord collectif n'a aucune autorité. Cela n'a pas échappé au législateur qui a pris soin de préciser que la fourniture d'efforts proportionnés par les mandataires sociaux et des actionnaires devait être prévue par l'accord « *dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance* »³. Le problème d'articulation entre les règles issues du droit du travail et du droit des sociétés risque de conduire à l'ineffectivité du partage des efforts entre salariés, mandataires sociaux et actionnaires pour aider l'entreprise à dépasser les graves difficultés économiques qu'elle rencontre. Certes, le contenu de l'accord devant être porté à la connaissance des organes sociétaires lors de leur première réunion suivant sa conclusion⁴, il leur sera opposable, mais

¹ Art. L. 5125-3, C. trav.

² En ce sens, S. BEAL, art. préc.

³ Art. L. 5125-1, II, C. trav.

⁴ Art. L. 5125-3, C. trav.

ils n'en resteront pas moins tiers à l'accord. Par conséquent, et en application de l'effet relatif des conventions¹, ils ne seront pas assujettis au respect de ses stipulations.

221. En application de l'article 1119 du Code civil, l'employeur qui conclut l'accord de maintien de l'emploi n'est autorisé à s'engager que pour lui-même et ne peut donc souscrire d'engagement au nom des organes sociétaires. Pour que ceux-ci soient tenus de respecter les stipulations de l'accord de maintien de l'emploi, il est indispensable qu'ils le ratifient. On pourrait ainsi imaginer que l'accord de maintien de l'emploi contienne une promesse de porte fort de l'employeur², *via* laquelle il s'obligerait à essayer d'obtenir l'engagement des organes dirigeants de ratifier l'accord et de prendre les mesures nécessaires pour imposer des efforts aux mandataires sociaux et aux actionnaires proportionnés à ceux des salariés. Cependant, la promesse de porte fort n'engage que le promettant, en l'occurrence l'employeur, pas le tiers pour lequel il se porte fort. Les organes dirigeants ne seront donc pas liés par la promesse de ratifier les stipulations relatives aux conditions dans lesquelles les mandataires sociaux et les actionnaires fournissent des efforts proportionnés à ceux des salariés. Par conséquent, seule la responsabilité de l'employeur pourra être engagée si les organes dirigeants refusent de ratifier l'accord de maintien de l'emploi.

Il serait sans doute plus prudent pour l'employeur de simplement souscrire dans l'accord de maintien de l'emploi une promesse de bons offices par laquelle il promettrait seulement de faire son possible pour que les organes sociétaires contractent l'obligation de respecter les stipulations relatives aux efforts demandés aux mandataires sociaux et aux actionnaires durant l'application de l'accord³. Si, en présence d'une simple promesse de bons offices, et non d'une promesse de porte fort, l'employeur ne parvient pas à obtenir l'engagement des organes sociétaires, sa responsabilité ne pourra être engagée que si une faute de sa part est prouvée. En tout état de cause que l'employeur souscrive conventionnellement une de porte fort ou de bons offices, les organes dirigeants resteront libres de ratifier (ou non) cet engagement.

Le principe d'une proportionnalité entre les efforts imposés aux salariés par l'accord de maintien de l'emploi et ceux fournis par les mandataires sociaux et les actionnaires pour

¹ Art. 1165, C. civ.

² Art. 1120, C. civ. ; pour des développements relatifs à la promesse de porte fort, V. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2007, 3^{ème} éd., p. 434-435.

³ Sur la promesse de bons offices, V. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. préc.* p. 434.

redresser l'entreprise est séduisant et constitue un symbole fort, néanmoins le risque qu'il n'ait qu'une portée symbolique ne peut être écarté...

Si l'effectivité du principe d'efforts proportionnés à ceux des salariés de la part des mandataires sociaux et des actionnaires et de la garantie de maintien de l'emploi semble plus que relative, l'existence de sacrifices imposés aux salariés par l'accord de maintien de l'emploi laisse quant à elle beaucoup moins place au doute eu égard notamment aux conditions d'application de cet accord et à son articulation avec les contrats de travail.

§ 3 - Les effets de l'entrée en vigueur d'un accord de maintien de l'emploi

222. Remise en cause de l'articulation traditionnelle accord collectif/contrat de travail. L'ANI du 11 janvier 2013 stipule que « *Bien que s'imposant au contrat de travail, l'accord de maintien dans l'emploi requiert néanmoins l'accord individuel du salarié, pour l'application de ses dispositions se substituant à celles de son contrat suspendues par ledit accord* »¹. Cette stipulation conventionnelle remet en cause l'articulation traditionnelle entre accord collectif et contrat de travail telle qu'elle résulte de l'application combinée de l'article L. 2254-1 du Code du travail et de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière. L'article L. 2254-1 du Code du travail prévoit en effet que les stipulations d'un accord collectif s'appliquent aux contrats de travail, sauf stipulations plus favorables, tandis que la Cour de cassation précise pour sa part qu'« *un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié* »².

Si l'article L. 5125-2 du Code du travail ne reprend pas expressément la formulation de l'ANI du 11 janvier 2013, il n'en bouleverse pas moins l'articulation traditionnelle entre accord collectif et contrat de travail en disposant que « *Pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord [de maintien de l'emploi] sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci.* ». À l'instar, des dispositions légales relatives aux accords de

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 préc., art. 7.

² Cass. soc., 25 fév. 1998, Bull. civ. V, n° 104 ; D. 1999. 105, obs. Y. SERRA ; Cass. soc., 25 févr. 2003, Bull. civ. V, n° 64.

mobilité interne, partenaires sociaux et législateur ont souhaité neutraliser le principe de faveur puisque l'application de l'accord de maintien de l'emploi, subordonnée à l'acceptation par le salarié, suspend les clauses contraires de son contrat. Il n'y a donc pas de concours entre clauses conventionnelles et clauses contractuelles et par conséquent aucune raison de résoudre un conflit de normes en appliquant le principe de faveur¹.

Afin de permettre aux entreprises de surmonter une crise conjoncturelle en préservant l'emploi grâce à flexibilité accrue dans l'utilisation du facteur travail, l'ANI du 11 janvier 2013, comme la loi du 14 juin 2013 affirment en quelque sorte la primauté de l'accord de maintien de l'emploi sur le contrat de travail². Cette prévalence est limitée puisque la mise en œuvre des mesures conventionnelles d'aménagement du de travail ou de la rémunération est subordonnée à l'accord du salarié. Il peut par conséquent s'opposer à l'application de l'accord de maintien de l'emploi sans que ce refus soit considéré comme fautif. Toutefois, sa capacité de refus du salarié se trouve réduite par une sorte de « chantage à l'emploi »³ puisqu'en s'opposant à l'application de l'accord il s'expose au risque d'être licencié pour motif économique⁴.

223. Si l'ANI du 11 janvier 2013 vise expressément la « *modification du contrat* » résultant de la proposition d'une mesure conventionnelle de mobilité interne⁵, tel n'est pas le cas en matière d'accord de maintien de l'emploi. Ni la loi, ni l'ANI n'évoquent de modification du contrat de travail en cas d'application de l'accord de maintien de l'emploi, les clauses contraires aux stipulations de l'accord sont simplement suspendues donnant lieu à une substitution temporaire des stipulations conventionnelles... À ce titre, la faculté de refus n'apparaît pas fondée sur le droit commun des contrats, mais semble relever davantage de la liberté individuelle du salarié⁶. On sait que l'accord de maintien de l'emploi est censé permettre de trouver « *un nouvel équilibre, pour une durée limitée dans le temps, dans l'arbitrage global temps de travail-salaire-emploi* »⁷. Cependant la décision arrêtée au niveau collectif peut ne pas correspondre à l'arbitrage individuel auquel se livrera le salarié entre son temps de travail, son salaire et son emploi. La faculté accordée au salarié de s'opposer à

¹ J. ICARD, art. préc.

² En ce sens, E. PESKINE, art. préc.

³ A. BRAUN, art. préc.

⁴ Art. L. 5125-2, C. trav.

⁵ ANI du 11 janv. 2013, préc. art. 15 : à la différence des dispositions légales qui elles n'évoquent pas de modification du contrat en présence d'une proposition d'une mesure conventionnelle de mobilité interne.

⁶ En ce sens, G. BORENFREUND, art. préc.

⁷ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

l'application d'un accord de maintien de l'emploi traduit ainsi la divergence qui peut exister entre intérêt collectif des salariés et intérêt individuel, voire personnel, du salarié¹. Ainsi, compte tenu de sa situation personnelle, un salarié pourrait, à l'instar de 162 salariés de l'entreprise *Berh*, considérer qu'il est moins avantageux pour lui de renoncer à cinq jours de RTT et à la moindre augmentation de salaire pendant plusieurs mois en contrepartie du maintien de son emploi, que d'être licencié et de bénéficier de mesures sociales d'accompagnement parmi lesquelles « [en l'espèce un] « *package d'indemnisation* » (loin pourtant d'être un pactole : 14 000 euros et des indemnités de licenciement de 600 à 900 euros par année d'ancienneté) », élément qui, selon Patrice ADAM, « a lourdement pesé dans la décision de certains (beaucoup ?). L'emploi a un prix... »².

Le législateur aurait pu adopter une démarche plus radicale comme il l'a déjà fait à deux reprises en matière de durée du travail en affirmant que l'accord de maintien de l'emploi ne modifie pas les contrats de travail³. On comprend néanmoins qu'il n'ait pas osé, tant il eût été délicat d'affirmer que la mise en œuvre d'un accord de maintien de l'emploi ne modifie pas le contrat de travail, alors même que son application est susceptible d'affecter la durée du travail et la rémunération des salariés, deux piliers du socle contractuel.

Dans la mesure où l'entrée en vigueur d'un accord de maintien de l'emploi « *force* [le salarié] à se soumettre [aux sacrifices prévus par l'accord constituant la négation de ses droits contractuels] ou à être démis »⁴, il est essentiel qu'il soit mis en mesure de se positionner en connaissance de cause. L'accord doit à ce titre définir la procédure selon laquelle l'acceptation du salarié doit être recueillie. À défaut la procédure de l'article L. 1222-6 du

¹ En ce sens également, H.-J. LEGRAND, art. préc.

² P. ADAM, « Le « prodigieux » accord de maintien de l'emploi Escapade en pays de Rouffach », SSL 2014, n° 1619, suppl. ; cet accord était censé éviter le prononcé de 102 licenciements pour motif économiques étant précisé de surcroît que lors de la consultation référendaire dont l'employeur avait pris l'initiative les salariés s'étaient prononcés en faveur de l'accord de maintien de l'emploi pour les deux tiers d'entre eux ; sur cet accord, V. P. ADAM, art. préc.

³ En effet, afin de faciliter l'abaissement conventionnel de la durée du travail de trente-neuf à trente-cinq heures, durée du travail que l'employeur ne peut modifier sans l'accord du salarié (Cass. soc., 20 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 433 ; Dr. soc. 1998, p. 1045, obs. P. WAQUET), la loi Aubry II a prévu que « *La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail.* » (art. L. 1222-7, C. trav. ; Loi n° 2000-37, du 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, JO du 20 janv. 2000, p. 975). De même, dans le souci de censurer la jurisprudence exigeant l'accord du salarié pour la mise en œuvre d'une modulation de son temps de travail (Cass. soc., 28 sept. 2010, Dr. soc. 2011, p. 151, note J. BARTHELEMY ; SSL 2010, n° 1464, p. 10, obs. F. FAVENNEC-HERY.), la loi du 22 mars 2012 a introduit dans le Code du travail l'article L. 3122-6 qui dispose que l'instauration par accord collectif d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas une modification du contrat de travail (Loi n° 2012-387, du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JO du 23 mars 2012, p. 5326.).

⁴ G. LOISEAU, art. préc.

Code du travail s'appliquera (A). Les effets de l'acceptation par le salarié de l'application à son contrat de l'accord de maintien de l'emploi (B), tout comme ceux induits par son refus (C) ne sont pas sans laisser planer un certain nombre de questions, l'objectif de la sécurisation de l'emploi se heurtant à l'impératif de sécurité juridique.

A - La procédure destinée à recueillir l'acceptation ou le refus du salarié

224. L'ANI du 11 janvier 2013 stipule que « *l'accord [de maintien de l'emploi] détermine le délai et les modalités de l'acceptation ou du refus du salarié* »¹. L'article L. 5125-1, IV, du Code du travail indique de surcroît qu'à défaut de prévisions conventionnelles, l'employeur devra respecter la procédure prévue à l'article L. 1222-6 dudit code, procédure dédiée aux propositions de modification du contrat reposant sur un motif économique. Il est curieux qu'à la différence des dispositions relatives aux accords de mobilité interne², la loi n'impose aucune obligation d'information individuelle des salariés concernés sur le contenu de l'accord de maintien de l'emploi. Seule est prévue une information sur son application et son suivi pendant la durée de l'accord³. Au regard des enjeux qu'implique l'acceptation ou le refus de l'application de l'accord de maintien de l'emploi, il apparaît pourtant indispensable que son contenu soit porté à la connaissance des salariés. À ce titre, lorsque les partenaires sociaux déterminent la procédure selon laquelle les salariés sont appelés à accepter ou non l'application de l'accord à leur contrat, il semble essentiel que soit prévue l'information des salariés sur le contenu de l'accord et sur les graves difficultés économiques qui ont présidé à sa conclusion.

225. Définition conventionnelle de la procédure tendant à recueillir l'accord des salariés. Pour que le consentement du salarié soit éclairé, outre la transmission de l'accord à chaque salarié concerné, la procédure conventionnelle instaurée pour recueillir l'avis du salarié doit prévoir une information complète sur les effets d'un(e) éventuel(le) acceptation ou refus de l'application de l'accord. Il semble de ce point de vue nécessaire que soit prévue la notification par écrit au salarié des aménagements affectant sa durée du travail, son

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 préc., art. 7.

² Art. L. 2242-23, al. 1^{er}, C. trav.

³ Art. L. 5125-2, C. trav., *in fine*.

organisation ou sa répartition ainsi que des mesures conventionnelles impactant sa rémunération afin qu'il puisse se prononcer en toute connaissance de cause. De même, il semble impératif que les partenaires sociaux stipulent dans l'accord que la notification au salarié doit préciser clairement qu'en cas d'acceptation de sa part de se soumettre à l'accord les clauses de son contrat contraires à l'accord seront suspendues pendant la durée de son application, durée qui devra également être indiquée, tout comme le fait que son acceptation est censée garantir le maintien de son emploi pendant cette durée.

Par ailleurs, la lettre informant le salarié de l'option qui lui est offerte entre accepter ou non l'application de l'accord devra spécifier qu'en cas de refus de sa part, il s'expose à un licenciement pour motif économique prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel ouvrant seulement droit au bénéfice des mesures sociales d'accompagnement prévues par l'accord, mesures qu'il semble bienvenu de détailler dans la lettre de notification. À défaut, de mentionner ces éléments destinés à éclairer la volonté du salarié, son consentement pourrait être considéré comme vicié et l'employeur ne sera pas en mesure de se prévaloir de la « décision » du salarié.

Enfin, il est indispensable que la lettre de notification mentionne le délai dans lequel le salarié doit se prononcer ainsi que les modalités d'acceptation ou de refus qui doivent être fixés dans l'accord de maintien de l'emploi¹. Si la loi est muette sur la possibilité éventuelle que l'accord de maintien de l'emploi prévoie un délai de réflexion inférieur à un mois ou quinze jours en cas de procédure collective², il semble en tout état de cause préférable que ce délai minimum soit respecté par l'accord, surtout s'il instaure une acceptation implicite une fois le délai conventionnel expiré. Un délai raisonnable doit être laissé au salarié pour se prononcer sur l'application ou non à son contrat de l'accord. Les partenaires sociaux pourront décider de subordonner l'application de l'accord de maintien de l'emploi à la seule acceptation expresse du salarié. En toute hypothèse, la notification au salarié de la « proposition » d'application de l'accord devra préciser de manière claire le délai qui lui est imparti pour se prononcer, l'éventuelle acceptation implicite en cas de silence gardé à l'issue du délai conventionnel ainsi que les modalités de notification de sa décision expresse d'accepter ou non l'application de l'accord.

¹ Art. L. 5125-1, IV, C. trav.

² En effet, l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 réduit d'un mois à quinze jours le délai imparti au salarié pour accepter ou refuser une modification de son contrat proposée pour un motif économique dans une entreprise soumise à une procédure collective ouverte à compter du 1^{er} juillet 2014 (ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc. art. L. 1222-6 et L. 1233-60-1, C. trav.).

226. Application subsidiaire de la procédure de l'article L. 1222-6 du Code du travail. À défaut de prévisions conventionnelles sur le délai et les modalités d'acceptation ou de refus par le salarié de l'application de l'accord de maintien de l'emploi à son contrat, l'article L.1222-6 du Code du travail s'applique¹. L'employeur devra donc respecter à la lettre la procédure visée à cet article dédié aux propositions de modification du contrat de travail pour un motif économique et ce alors qu'en principe le contrat n'est pas modifié, ses clauses contraires à l'accord étant simplement suspendues². L'intransigeance dont fait preuve la Cour de cassation s'agissant du respect de cette procédure en matière de modification du contrat pour motif économique, devrait inciter l'employeur à respecter au pied de la lettre le formalisme de l'article L. 1222-6 du Code du travail³.

Il devra alors proposer l'application de l'accord de maintien de l'emploi en envoyant au salarié une lettre recommandée avec accusé de réception, à défaut de respecter ce formalisme il ne devrait pouvoir se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation du salarié de se soumettre aux aménagements de sa durée du travail et/ou de sa rémunération imposés par l'accord⁴. Il en ira certainement de même s'il omet de mentionner l'existence et la durée du délai de réflexion⁵. Par ailleurs, l'employeur doit indiquer dans la lettre recommandée non seulement les conséquences d'un éventuel refus⁶, mais aussi les mesures conventionnelles d'accompagnement dont pourra bénéficier le salarié opposant⁷. Il est de surcroît essentiel que l'employeur respecte le délai de réflexion accordé au salarié d'un mois ou quinze jours selon les circonstances⁸. Il ne saurait ainsi mettre en œuvre la procédure de licenciement avant

¹ Art. L. 5125-1, IV, C. trav.

² Art. L. 5125-2, C. trav.

³ L'article L. 1222-6 du Code du travail dispose que « *Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée.* ».

⁴ Telle est la position de la Cour de cassation en matière de proposition de modification du contrat pour un motif économique, position qui, nous semble-t-il, sera sûrement reprise en matière d'accord de maintien de l'emploi. Cass. soc., 25 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 18.

⁵ Là encore, c'est la position de la Cour de cassation en matière de proposition de modification du contrat pour un motif économique, position qui semble transposable en matière d'accord de maintien de l'emploi. Cass. soc., 27 mai 2009, Bull. civ. V, n° 137.

⁶ Cass. soc., 1^{er} mars 2006, JCP S 2006, 1385.

⁷ Art. L. 5125-2, C. trav.

⁸ Pour mémoire, l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 réduit d'un mois à quinze jours le délai imparti au salarié pour accepter ou refuser une modification de son contrat proposée pour un motif économique dans une entreprise soumise à une procédure collective ouverte à compter du 1^{er} juillet 2014 (ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc. art. L. 1222-6 et L. 1233-60-1, C. trav.) : La Cour de cassation veille au strict respect par l'employeur du délai de réflexion. Elle affirme à ce titre que « *le salarié devant disposer d'un mois entier pour se prononcer, il en résulte que le délai expire à minuit le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le*

l'expiration de ce délai même si le salarié a exprimé sans équivoque son refus¹, sauf à priver de cause réelle et sérieuse la rupture².

Seule une réponse expresse et positive, ou le silence gardé par le salarié pendant plus d'un mois ou quinze jours, valent acceptation de la modification, à l'exclusion d'une réponse dilatoire ou conditionnelle, telle qu'une demande de prorogation, analysées comme une réponse négative³. Cette jurisprudence devrait également être reprise en matière d'accord de maintien de l'emploi. Ce n'est qu'une fois ces conditions satisfaites que l'application de l'accord de maintien de l'emploi produira ses effets.

B - Les effets de l'application de l'accord de maintien de l'emploi

227. Suspension des clauses contractuelles contraires à l'accord de maintien de l'emploi. Le salarié bénéficie des garanties prévues par l'accord parmi lesquelles le maintien de son emploi pendant sa durée d'application. En application de l'article L. 5125-2 du Code du travail, les clauses de son contrat contraires à l'accord de maintien de l'emploi sont suspendues, comme par exemple celles relatives à sa durée du travail, à la répartition de son temps de travail, au montant ou à la structure de sa rémunération, au bénéfice d'avantages en nature, à l'existence d'une prime de treizième de mois ou encore de toute prime contractuelle « temporairement » suspendue par l'accord.

Ainsi, afin d'éviter un concours de normes et de neutraliser l'application du principe de faveur, le législateur, conformément à l'ANI du 11 janvier 2013, a fait le choix de la suspension, par définition temporaire, des clauses contractuelles contraires aux stipulations de l'accord ; celles-ci se substituant provisoirement à celles-là. Les clauses contractuelles suspendues pendant l'application de l'accord de maintien de l'emploi, sont donc appelées à reprendre effet à l'échéance du terme de l'accord.

jour de la réception de la lettre recommandée contenant la proposition de modification », (Cass. soc., 3 mars 2009, RJS 6/09, n° 499). Elle estime ainsi que ce délai constitue « une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix » (Cass. soc., 10 déc. 2003, Bull. civ. V, n° 313 ; JCP G 2004, I, 177, n° 5, obs. P. MORVAN.)

¹ Cass. soc., 10 déc. 2003, préc. ; Cass. soc., 22 nov. 2006, JCP S 2007, 1184, note B. BOSSU ; Cass. soc., 17 oct. 2007, JCP S 2008, 1079.

² Cass. soc., 10 déc. 2003, préc.

³ Cass., avis, 6 juil. 1998, Bull. civ. avis n° 9 ; RJS 1998, n° 959 ; D. 1998, IR 207.

Lorsqu'au terme de l'accord ou en cas de résiliation judiciaire consécutive à une amélioration significative de la situation économique de l'entreprise¹, son application a généré des bénéfices ayant contribué au redressement économique de l'entreprise, les salariés pourront jouir à nouveau de l'ensemble de leurs droits contractuels suspendus pendant l'application de l'accord. De surcroît, leurs sacrifices devront être compensés en application des stipulations conventionnelles relatives aux conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur celle des salariés, qu'il s'agisse de rappels de salaires, de primes exceptionnelles, de l'octroi de temps de repos supplémentaires ou d'actions de l'entreprise, etc.

Le sort des clauses suspendues semble bien plus incertain en cas de suspension judiciaire de l'accord due à l'aggravation de la situation économique de l'entreprise paraît plus incertain. En théorie, la suspension de l'application de l'accord devrait entraîner le rétablissement de l'ensemble des clauses contractuelles pendant la durée de cette suspension. Toutefois, une incertitude entoure les conséquences d'une telle suspension sur le « retour à la vie » des clauses contractuelles suspendues en cas de dégradation de la situation de l'entreprise, alors même qu'il semble acquis que l'employeur pour sa part recouvrera le pouvoir de licencier pour motif économique les salariés ayant pourtant consenti aux sacrifices imposés par l'accord de maintien de l'emploi². Il appartiendra sans doute aux partenaires sociaux de régler cette question dans l'accord de maintien de l'emploi, ou lors de la suspension judiciaire de l'accord résultant de l'aggravation significative de la situation de l'entreprise. Cependant, dans la mesure où l'employeur recouvre dans une telle hypothèse le pouvoir de rompre les contrats des salariés pour un motif économique, il semblerait inique que ceux-ci ne bénéficient pas à nouveau, jusqu'à leur éventuel licenciement, de l'ensemble des droits qui étaient les leurs avant qu'ils acceptent de se soumettre à l'accord de maintien de l'emploi.

228. Incertitudes sur l'articulation de l'accord de maintien de l'emploi avec les normes collectives applicables dans l'entreprise. L'objet d'un accord de maintien de l'emploi et de permettre à l'entreprise de surmonter de graves difficultés économiques conjoncturelles tout en évitant la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois, en autorisant les partenaires sociaux à aménager temporairement les droits des salariés en matière de temps de

¹ Art. L. 5125-5, C. trav.

² Art. L. 5125-6, C. trav.

travail ou de rémunération. Or, il est fort probable que préexistent à sa conclusion des accords d'entreprise¹, voire des usages ou engagements unilatéraux de l'employeur sur ces thèmes ce qui n'est pas sans soulever un certain nombre de questions. En effet, dans la logique de procéduralisation et de décentralisation du droit du travail destinées à offrir davantage de flexibilité aux entreprises, la loi du 20 août 2008 a promu la négociation collective d'entreprise comme vecteur privilégié d'aménagement et d'organisation du temps de travail². Ainsi, s'il existe déjà un accord d'aménagement ou de répartition du temps de travail dans l'entreprise et que l'accord de maintien de l'emploi instaure un aménagement ou une organisation différents, il va falloir résoudre la question de l'articulation des deux accords comportant des dispositions contradictoires.

Un auteur suggère de considérer que l'entrée en vigueur de l'accord de maintien de l'emploi commanderait la révision de l'accord aménageant le temps de travail *via* conclusion d'un éventuel avenant de révision à durée déterminée, voire la dénonciation de l'accord d'entreprise préexistant à l'accord de maintien de l'emploi³. Il semble toutefois que cette situation de concours devrait pouvoir être résolue simplement en appliquant le « *principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* »⁴. Or, conformément à la solution adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Compagnie générale de géophysique*⁵, les dispositions aménageant la durée du travail prescrites dans l'accord de maintien de l'emploi devraient primer celles de l'accord d'entreprise antérieur et être seules applicables aux salariés pendant la durée de l'accord de maintien de l'emploi. En effet, en présence d'un accord donnant-donnant, et particulièrement d'un accord contenant une garantie d'emploi, la Cour de cassation estime que la méthode analytique de comparaison avantage par avantage

¹ Il est également plus que probable que les accords ou conventions de branche applicables dans l'entreprise contiennent des dispositions relatives à la rémunération ou à l'aménagement du temps de travail. Cependant, leur articulation avec un accord de maintien de l'emploi ne devrait guère soulever de difficulté puisque l'article L. 5125-1 du Code du travail prévoit qu'un accord de maintien de l'emploi ne peut déroger à l'article L. 2253-3 dudit code ; en vertu duquel sauf disposition contraire de l'accord de niveau supérieur, un accord d'entreprise, et donc un accord de maintien de l'emploi, peut déroger aux dispositions conventionnelles de niveau supérieur à l'exception de celles relatives aux salaires minima, aux classifications, aux garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale et à la mutualisation des fonds de la formation professionnelle : art. L. 2253-3 C. trav. L'articulation entre accord de maintien de l'emploi et accord de niveau supérieur est donc légalement encadrée.

² Loi n° 2008-789, du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO du 21 août 2008, p. 13064.

³ M. MORAND, art. préc.

⁴ Cass. soc., 17 juil. 1996, Bull. civ. V, n° 297 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 180 ; Dr. soc. 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN, note J. SAVATIER ; JCP 1997, II, 22798, note J. CHORIN ; Cass. soc., 17 juil. 1996, Bull. civ. V, n° 296 ; Cass. soc., 8 oct. 1996, Dr. soc. 1996, p. 1046, obs. J. SAVATIER.

⁵ Cass. soc., 19 fév. 1997, *Compagnie générale de géophysique*, Bull. civ. V, n° 70 ; Dr. soc. 1997, p. 432, obs. G. COUTURIER.

doit être écartée au profit d'une comparaison globale¹, ce qui l'a conduit à décider qu'un accord d'entreprise contenant un engagement de l'emploi en contrepartie de la suppression d'une prime prévue par un accord antérieur était plus favorable que ce dernier². Il semble ainsi probable que la Cour de cassation adoptera un raisonnement analogue en cas de conflit entre un accord de maintien de l'emploi et un accord d'aménagement du temps de travail antérieur, l'application des clauses de ce dernier devant ainsi être provisoirement suspendue, et reprendre effet à la cessation de l'application de l'accord de maintien de l'emploi à la survenance de son terme ou en cas de résiliation judiciaire de celui-ci.

Par ailleurs, il est possible que l'accord de maintien de l'emploi prévoie la suppression d'une prime qui résulterait d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur. Dans la mesure où, les avantages issus de ces normes ne s'incorporent pas au contrat de travail³, ils ne constituent dès lors pas une clause contractuelle contraire à l'accord qui serait suspendue durant son application en vertu de l'article L. 5125-2 du Code du travail. En outre, la Cour de cassation décide que la conclusion d'un accord collectif postérieur à un usage ou un engagement unilatéral ayant le même objet met fin à ce dernier, peu important que celui-ci ait été ou non préalablement dénoncé ou qu'il soit plus favorable aux salariés que l'accord postérieur⁴. La conclusion d'un accord de maintien de l'emploi censée imposer des sacrifices *temporaires* aux salariés pourrait ainsi conduire à la suppression *définitive* d'avantages prévus par des engagements unilatéraux ou des usages d'entreprise. Il en résulterait ainsi une situation relativement inique. Les salariés ayant accepté de se soumettre à l'accord et de voir réduits provisoirement certains de leurs droits afin de permettre à l'entreprise de faire face à des difficultés économiques conjoncturelles perdraient donc définitivement ces droits alors même que la situation de l'entreprise peut s'améliorer grâce aux sacrifices qu'ils ont consentis. Il nous semble ainsi essentiel que lors de la conclusion de l'accord de maintien de l'emploi en cas de prévision par celui-ci de la suppression d'un droit ou d'un avantage issu d'un usage ou d'un engagement unilatéral, les partenaires sociaux précisent expressément

¹ Cass. soc., 19 fév. 1997, préc. ; Cass. soc., 3 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 1101, obs. P. WAQUET. Sur la méthode de comparaison entre avantages, V. GADT, 4^{ème} éd. p. 827 et s.

² Cass. soc., 19 fév. 1997, préc.

³ Cass. soc., 25 fév. 1988, Bull. civ. V, n° 139 ; Cass. soc., 11 janv. 2000, Dr. soc. 2000, p. 837, obs. M. VERICEL ; Cass. soc., 2 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 1001, obs. B. GAURIAU.

⁴ Pour un usage, V. not. Cass. soc., 19 déc. 1990, Bull. civ. V, n° 688 ; RJS 2/91, n° 224, J. DEPREZ, « Cession d'entreprise et compétition entre conventions collectives applicables aux salariés transférés », RJS 7/92, p. 451 ; RJS 2/1991, n° 224 ; Cass. soc., 25 janv. 1995, 1^{re} esp., Bull. civ. V, n° 40 ; Cass. soc., 9 juill. 1996, Bull. civ. V, n° 276 ; Dr. soc. 1996, p. 983, obs. J. SAVATIER, et pour un engagement unilatéral V. not. Cass. soc., 10 mars 2010, Dr. soc. 2010, p. 1097 ; M. VERICEL, « Le sort des engagements unilatéraux en cas de conclusion postérieure d'un accord collectif », Dr. soc. 2010, p. 1092 ; Cass. soc., 19 nov. 1997, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc., 25 janv. 2006, obs. P. WAQUET ; Cass. soc., 8 janv. 2002, RJS 5/02, n° 586 ; Cass. soc., 27 sept. 2006, Dr. soc. 2007, p. 190, obs. P. WAQUET ;

qu'il ne met pas fin à l'usage ou à l'engagement unilatéral mais qu'il en suspend simplement l'application pendant la durée de son exécution.

229. Statut des salariés embauchés pendant l'application de l'accord. La loi, pas plus que l'ANI du 11 janvier 2013, n'envisage la situation des salariés qui seraient éventuellement recrutés au cours de l'application de l'accord de maintien de l'emploi et qui entreraient dans son périmètre. Il semble acquis qu'à la condition qu'ils aient été mis en mesure de prendre connaissance du contenu de l'accord de maintien de l'emploi au moment de leur embauche, l'accord devrait être pleinement applicable à leur contrat dès lors qu'ils ont accepté de le conclure dans ces conditions. Pour autant, le principe « à travail égal, salaire égal », devrait empêcher que le contrat contienne des clauses relatives à la rémunération, à la durée du travail ou à sa répartition telles qu'aménagées par l'accord, ce qui contractualiserait les stipulations de l'accord de maintien de l'emploi qui survivraient à la cessation de son application. Cela pourrait ainsi créer une différence de traitement injustifiée entre deux salariés exerçant les mêmes fonctions, l'un retrouvant ses conditions contractuelles de rémunération et de durée du travail telles qu'en vigueur avant la conclusion de l'accord, alors que l'autre, engagé au cours de l'application de l'accord, continuerait à « subir » les aménagements *a priori* à la baisse de la rémunération tels que prévus par l'accord alors même qu'il n'est plus applicable mais que ses stipulations ont été contractualisées. Il nous semble à ce titre que l'employeur devrait faire attention lors d'une éventuelle embauche en cours d'application de l'accord de maintien de l'emploi à prévoir dans le contrat des conditions de rémunération « identiques » à celles présentes dans les contrats des salariés exerçant les mêmes fonctions, tout en précisant que cette stipulation contractuelle est suspendue le temps de l'application de l'accord de maintien de l'emploi dont le salarié a eu connaissance avant de conclure le contrat. Surtout, il semble important que les partenaires sociaux lors de la négociation de l'accord de maintien de l'emploi règlent la question des éventuels recrutements intervenant dans le périmètre de l'accord de maintien de l'emploi au cours de son application.

L'acceptation par le salarié de l'application de l'accord de maintien de l'emploi à son contrat est donc censée lui permettre de conserver son emploi, garantie somme toute relative, alors que les clauses de son contrat contraires à l'accord sont suspendues autorisant ainsi l'accord à déroger *in pejus* à son contrat. Toutefois, nombre d'incertitudes demeurent sur l'ensemble des

effets de l'acceptation de l'application d'un accord de maintien de l'emploi, notamment pour ce qui concerne son articulation avec les autres normes collectives applicables dans l'entreprise, incertitudes et questions auxquelles partenaires sociaux lors de la négociation de l'accord et juges vont devoir répondre... Si ces accords sont censés participer à la sécurisation de l'emploi en évitant la mise en place d'une restructuration destructrice d'emplois alors que l'entreprise connaît de graves difficultés économiques, ils créent pour l'instant surtout une certaine insécurité juridique à l'instar celle relative aux conséquences du refus par le salarié de l'application de l'accord qui peut entraîner son licenciement pour motif économique, licenciement source de moult interrogations.

C - les effets du refus

L'article L. 5125-2, alinéa 2, du Code du travail dispose que « *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord.* ». Si la lettre de l'article peut suggérer que l'employeur est obligé de rompre les contrats de travail des salariés s'opposant à l'application de l'accord de maintien de l'emploi¹, ce texte ne saurait s'appliquer aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée. Leur situation en cas de conclusion d'un tel accord n'a d'ailleurs été envisagée ni par l'ANI du 11 janvier 2013², ni par le législateur³. La rupture avant terme d'un contrat de travail à durée déterminée n'est en effet possible que dans certains cas strictement énumérés par la loi, parmi lesquels ne figure pas le refus de l'application d'un accord de maintien de l'emploi⁴.

Dans la mesure où un salarié en contrat de travail à durée déterminée, bénéficie déjà d'une garantie du maintien de son emploi jusqu'à l'échéance du terme de son contrat, garantie dont la violation est assortie d'une sanction particulièrement comminatoire⁵, on ne voit pas

¹ En ce sens, M. MORAND, art. préc.

² ANI du 11 janv. 2013 préc.,

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ L'article L. 1243-1 du Code du travail dispose ainsi que « *Sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'incapacité constatée par le médecin du travail* » ; l'article L. 1243-2 ajoute pour sa part un cas supplémentaire de rupture anticipée du CDD à l'initiative du salarié, lorsque ce dernier a conclu un contrat de travail à durée indéterminée.

⁵ L'article L. 1243-4 du Code du travail dispose ainsi que « *La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, de force majeure ou d'incapacité constatée par le médecin du travail, ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un*

bien quel intérêt aurait un tel salarié à accepter l'application de l'accord à son contrat. Il est probable, que les partenaires sociaux décident d'exclure les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée du périmètre d'application de l'accord de maintien de l'emploi.

Outre l'incertitude entourant « l'obligation » pour l'employeur de licencier les opposants à l'accord en application de l'article L. 5125-2 du Code du travail, ce texte suscite également des doutes relatifs tant au régime de la rupture consécutive au refus du salarié, et calqué sur les modalités d'un licenciement individuel (1), qu'à la portée du contrôle judiciaire dont ce licenciement pourrait être l'objet (2).

1 – Un licenciement reposant sur un motif économique prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel

L'article L. 5125-2 du Code du travail dispose qu'en cas de refus par un salarié de se soumettre à l'application de l'accord de maintien de l'emploi à son contrat, son « *licenciement repose sur un motif économique* » (a). Par ailleurs, cet article prévoit que lorsque plusieurs salariés s'opposent à l'application de l'accord, leur licenciement est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique, écartant du même coup l'application du droit des licenciements collectifs (b).

a – Un licenciement reposant sur un motif économique

230. L'article 18 de l'ANI du 11 janvier 2013 stipule qu'en cas de refus du salarié des mesures prévues par l'accord de maintien de l'emploi, « *la rupture de son contrat de travail qui en résulte s'analyse en un licenciement économique dont la cause réelle et sérieuse est attestée par l'accord précité* »¹. L'article L. 5125-2 du Code du travail n'a pas repris cette formulation. Il dispose pour sa part que le licenciement consécutif au refus du salarié de voir appliquer l'accord de maintien de l'emploi à son contrat « *repose sur un motif économique* ». Cette formulation pour le moins maladroite et ambiguë laisse place à deux interprétations

montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 ».

¹ Il est à ce titre intéressant de souligner la très nette différence entre la formule retenue par l'ANI du 11 janvier 2013 et celle qui avait été envisagée lors des négociations, avortées, sur les accords compétitivité emploi en 2012 selon laquelle le licenciement du salarié s'opposant à l'application de l'accord était « *réputé reposer sur un motif réel et sérieux et ne pas avoir de cause économique* » ; V. G. COUTURIER, art. préc.

possibles. Soit le législateur a instauré une présomption de cause réelle et sérieuse du licenciement fondé sur le refus d'un salarié de se voir appliqué l'accord de maintien de l'emploi ; soit cette formule doit être lue à l'aune de la solution du Conseil constitutionnel relative à la recodification du Code du travail dans laquelle il affirme que « *l'emploi du présent de l'indicatif [a] valeur impérative* »¹, ce qui signifierait que le licenciement *doit* reposer sur un motif économique.

Autrement dit, se pose la question de savoir si la formule retenue à l'article L. 5125-2 du Code du travail évoque la cause qualificative ou justificative du licenciement consécutif à l'opposition du salarié à l'application de l'accord de maintien de l'emploi². A l'instar de nombreux auteurs³, nous estimons que le législateur n'a aucunement souhaité poser une présomption irréfutable de cause réelle et sérieuse du licenciement⁴, interdisant au salarié de pouvoir contester la cause de la rupture de son contrat. En effet, instituer une telle présomption et exclure la possibilité pour le salarié de contester en justice le fondement de son licenciement violerait nombre de textes supranationaux, qu'il s'agisse de l'article 8§1 de la Convention n° 158 de l'OIT⁵, de l'article 24 de la Charte sociale européenne⁶ ou encore des articles 30 et 47 de la Charte des droits européens fondamentaux de l'Union européenne⁷ qui assurent une protection contre le risque de licenciement injustifié en garantissant au salarié le droit de recourir contre une telle mesure devant un organe impartial tel qu'un tribunal. Le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale a d'ailleurs insisté sur le fait que la raison pour laquelle « le projet de loi s'écarte, notablement même, de la rédaction choisie par les partenaires sociaux » est que « la préqualification d'un licenciement comme reposant sur une cause réelle et sérieuse » est contraire aux textes supranationaux précités⁸. De surcroît, le Ministre du travail a également affirmé que « les salariés qui refusent [l'application d'un accord de maintien de l'emploi] auront toujours la possibilité de contester leur licenciement

¹ Cons. const., déc. n° 2007-561 DC, du 17 janv. 2008, JO du 22 janv. 2008, p. 1131.

² Sur la distinction cause qualificative/cause justificative V. J. PELISSIER, « La cause économique du licenciement », RJS 1992, p. 527 ; J.-P. LABORDE, « La cause économique du licenciement », Dr. soc. 2002, p. 774.

³ En ce sens, V. not. E. PESKINE, art. préc. ; P. LOKIEC, art. préc. ; G. BORENFREUND, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc. ; G. LOISEAU, art. préc. ; A. MARTINON, art. préc. ; M. MORAND, art. préc.

⁴ Pour un développement des arguments susceptibles d'être invoqués à l'appui de cette thèse et la démonstration de leur caractère fallacieux, V. G. BORENFREUND, art. préc.

⁵ Conv. OIT n° 158, adoptée le 22 juin 1982, Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, Entrée en vigueur le 23 nov. 1985, art. 8§1.

⁶ Charte sociale européenne, art. 24.

⁷ Charte des droits européens fondamentaux de l'Union européenne, JOCE du 18 déc. 2000, JOCE C 364/1, art. 30 et 47.

⁸ J.-M. GERMAIN, rapp. AN, n° 847, préc., p. 330-331.

devant le juge »¹. Il semble ainsi difficilement contestable que lorsque l'article L. 5125-2 du Code du travail énonce que le licenciement du salarié s'opposant à l'application d'un accord de maintien de l'emploi *repose sur un motif économique*, il est fait référence à la cause qualificative et non justificative du licenciement².

Il appartiendra donc à l'employeur d'invoquer un motif économique à l'appui de la rupture, ce qui ne devrait guère lui poser de problème dans la mesure où la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi présuppose l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles. Pourra-t-il se prévaloir dans la lettre de licenciement d'une autre cause économique à l'appui de la rupture telle que la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou toute autre cause prévue par l'article L. 1233-3 du Code du travail ? À notre sens, fonder la rupture sur un autre motif que les difficultés ayant présidé à la conclusion de l'accord se révélerait particulièrement risqué. Les juges pourraient en déduire que la condition relative à l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles indispensable à la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi n'est pas satisfaite. Or, si l'accord ne respecte pas les conditions légales, les juges estimeront non seulement que le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse, mais surtout qu'il est soumis au droit commun du licenciement pour motif économique, et éventuellement au droit du licenciement collectif, ce qui pourrait avoir de très lourdes conséquences pour l'entreprise...

Il semble que l'article L. 5125-2 du Code du travail crée un nouveau type de licenciement pour motif économique reposant sur un motif *sui generis* et qui ne saurait se résumer au refus du salarié de se soumettre à l'accord de maintien de l'emploi. Le refus d'une modification du contrat de travail n'est pas en soit fautif. Le motif du licenciement du salarié réside en réalité dans la cause de la « *proposition d'application de l'accord* » *id est* l'existence des « *graves difficultés économiques conjoncturelles* » ayant permis la conclusion de l'accord³.

Les salariés licenciés à la suite de leur refus de se voir appliquer l'accord de maintien de l'emploi pourront donc saisir le conseil de prud'hommes pour contester l'existence d'une cause réelle et sérieuse à l'appui de la rupture de leur contrat. L'existence d'un accord majoritaire conclu sur le fondement d'une analyse censée être partagée entre les parties à l'accord sur l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles devrait

¹ M. SAPIN, LSQ 2013, n° 16300

² En ce sens également, V. not. E. PESKINE, art. préc. ; P. LOKIEC, art. préc. ; G. BORENFREUND, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc. ; G. LOISEAU, art. préc. ; A. MARTINON, art. préc. ; M. MORAND, art. préc.

³ En ce sens, P. LOKIEC, art. préc.

vraisemblablement influencer sur les modalités du contrôle judiciaire de la cause du licenciement.

Les salariés refusant l'application d'un accord de maintien dans l'emploi s'exposent donc à être licenciés pour un motif économique ; toutefois, ce licenciement déroge au droit commun du licenciement pour motif économique dans la mesure où quel que soit le nombre salariés opposants qui seront licenciés, l'employeur est *a priori* dispensé de respecter le droit applicable en cas de licenciement collectif.

b - L'incertaine mise à l'écart du droit des licenciements collectifs

231. Un licenciement prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel.

Lorsque plusieurs salariés s'opposent à l'application de l'accord de maintien de l'emploi l'employeur est exonéré de l'ensemble des obligations légales et conventionnelles qui auraient résulté d'un licenciement collectif pour motif économique¹. L'article L. 5125-2 du Code du travail dispose en effet que lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord, leur licenciement est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel ouvrant tout de même droit aux salariés au bénéfice des mesures d'accompagnement contenues dans l'accord de maintien de l'emploi, ainsi que l'avaient prévu les signataires de l'ANI du 11 janvier 2013². L'objectif est clair : éviter à l'employeur d'avoir à respecter la procédure de licenciement collectif et notamment d'avoir éventuellement à établir un plan de sauvegarde de l'emploi³. L'exclusion du droit du licenciement collectif constitue l'un des intérêts de la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi. La procédure de licenciement collectif, et principalement celle de grand licenciement collectif prononcé dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, est de longue date vivement critiquée, notamment dans les milieux patronaux. Accusée notamment de retarder la mise en œuvre des restructurations

¹ Il convient d'indiquer que la formulation de l'article 18 de l'ANI du 11 janvier 2013 et celle de l'article 7 de son annexe diffèrent. La première exonère l'employeur « *de l'ensemble des obligations légales et conventionnelles qui auraient résulté d'un licenciement collectif pour motif économique* », tandis que la seconde vise pour sa part l'exonération **de l'ensemble des obligations légales et conventionnelles qui auraient résulté d'un licenciement pour motif économique**. Cette différence est loin d'être anodine puisque dans le premier cas l'employeur est tenu de respecter les obligations de reclassement et d'adaptation préalables à tout licenciement pour motif économique en application des articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail, alors que la seconde l'en dispense.

² L'article 18 de l'ANI stipule en effet que « *l'accord devra prévoir des mesures d'accompagnement susceptibles de bénéficier au salarié ayant refusé l'application des mesures de l'accord* » ; ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

³ A. FABRE, art. préc. ; G. BORENFREUND, art. préc.

nécessaires à la survie de l'entreprise ou encore d'être une source d'insécurité juridique, cette procédure a été profondément réformée par la loi de sécurisation de l'emploi qui a consacré¹, plus ou moins fidèlement, les vœux formulés en la matière dans l'ANI du 11 janvier 2013². S'inscrivant dans le mouvement qui depuis une dizaine d'années tend à réduire le champ d'application de cette procédure tant décriée³, l'article L. 5125-2 du Code du travail prévoit donc que les licenciements des salariés ayant refusé l'application d'un accord de maintien de l'emploi sont prononcés selon les modalités d'un licenciement pour motif économique individuel quel que soit le nombre de refus opposés à l'employeur.

232. Les partenaires sociaux, « approuvés » par le législateur ont sans doute estimé qu'il était excessif voire injuste d'obliger un employeur à respecter la procédure de licenciement collectif, alors même que, lorsque l'entreprise connaît une grave crise conjoncturelle, la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi a pour but affiché d'éviter de recourir à une restructuration destructrice d'emplois, en aménageant les conditions d'emploi des salariés dont le maintien de l'emploi est censé être garanti. Selon Alexandre FABRE, une logique de responsabilisation des salariés fonderait cette exclusion du droit des licenciements collectifs en cas d'opposition par plusieurs d'entre eux à l'application de l'accord à leur contrat. Selon lui, le raisonnement adopté dans l'ANI du 11 janvier 2013 serait le suivant « Dans un contexte où toutes les parties prenantes de l'entreprise font des efforts (employeur, dirigeants sociaux, éventuellement actionnaires), comment admettre que des salariés fassent ainsi prévaloir leur propre intérêt ? Face à ce que l'on pourrait considérer comme des actes de résistance individuels, il a donc semblé logique de soustraire les intéressés au bénéfice des règles de licenciement collectif, et notamment à celle imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi »⁴. Ainsi, le refus du salarié de se voir appliquer l'accord constituerait une sorte de manquement à un devoir de solidarité à l'égard de l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise qui fournissent des efforts pour lui

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² ANI du 11 janv. 2013, préc.

³ En effet depuis une dizaine d'années, le champ d'application de la procédure de grand licenciement collectif ne cesse d'être réduit, qu'il s'agisse de la censure de la jurisprudence *Framatome* et *Majorette* par la loi de 2005 (Depuis la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 (Loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005, préc.), la procédure de licenciement collectif doit être engagée lorsque dix salariés au moins ont refusé une modification de leur contrat pour motif économique (art. L. 1233-25 C. trav.) et non plus dès que l'employeur leur propose la modification (Cass. soc. 3 déc. 1996, *Framatome*, Bull. civ. V. n° 411 (1^{er} arrêt) ; GADT, 4^{ème} éd., n° 109), de l'exclusion jurisprudentielle de l'application aux « plans de départs volontaires » de certaines des règles relatives aux licenciements collectifs (Cass. soc., 26 oct. 2010, Bull. civ. V. n° 245 ; Dr. soc. 2010, p. 1164, note F. FAVENNEC-HERY.), ou encore de la soustraction légale des ruptures conventionnelles à l'ensemble du droit du licenciement pour motif économique (art. L. 1233-3, al. 2, C. trav.).

⁴ A. FABRE, art. préc.

permettre de surmonter les graves difficultés qu'elle connaît, ce qui justifierait qu'alors même que l'employeur propose de maintenir les contrats, certes à des conditions momentanément différentes, il ne soit pas tenu de respecter la procédure de licenciement collectif en cas de multiples refus.

En réalité, au lieu de se situer au stade (collectif) de la conclusion de l'accord dont la cause *id est* l'existence de graves difficultés économiques, constitue le fondement de la rupture du contrat, partenaires sociaux et législateur appréhendent la rupture au stade (individuel) du refus par le salarié de se voir appliquer l'accord. « Autrement dit, c'est le déclencheur ultime qui fait regarder comme individuels une rupture et son motif, qualifiés l'un et l'autre comme « économiques » en considération des étapes antérieures du processus (l'accord collectif et le diagnostic de la situation de l'entreprise) »¹. Le refus du salarié des aménagements prévus par l'accord pour permettre à l'entreprise de surmonter la crise conjoncturelle à laquelle elle doit faire face tout en évitant une restructuration destructrice d'emplois semble ainsi considéré comme « le fait de « se soustraire à l'accomplissement d'un devoir » »². Si ce raisonnement fondant l'exclusion du droit des licenciements collectifs ne convainc guère³, du fait notamment de son incohérence⁴ (comment peut on nier le caractère collectif de licenciements tous fondés sur la même cause économique ?), il n'en demeure pas moins que l'article L. 5125-2 du Code du travail prévoit que les salariés s'opposant à l'accord, quel que soit leur nombre, sont licenciés selon les modalités d'un licenciement individuel ouvrant tout de même droit au bénéfice des mesures d'accompagnement que l'accord doit prévoir.

233. En cas de refus d'application de l'accord de maintien de l'emploi, l'employeur devra par conséquent respecter la procédure individuelle de licenciement impliquant notamment la tenue d'un entretien préalable⁵. Surtout, il devra se conformer à l'obligation de reclassement et d'adaptation préalable à tout licenciement pour motif économique conformément aux dispositions des articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail. En effet, le législateur n'a pas consacré le vœu formulé par les signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 dans l'annexe relative à l'article 18 de l'ANI selon laquelle « *l'entreprise est exonérée,*

¹ H.-J. LEGRAND, art. préc.

² G. BORENFREUND, art. préc., citant H.-K. Gaba, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », *Dr. ouvrier* 2005. 242.

³ A. FABRE, art. préc.

⁴ H.-J. LEGRAND, art. préc.

⁵ Art. L. 1233-11 et s. C. trav.

à l'égard des salariés qui refusent l'application des mesures prévues [par l'accord de maintien de l'emploi], **de l'ensemble des obligations légales et conventionnelles qui auraient résulté d'un licenciement pour motif économique** »¹, les partenaires sociaux souhaitant ainsi éviter à l'employeur d'avoir à respecter non seulement le droit des licenciements collectifs mais également l'ensemble du droit du licenciement pour motif économique...

Le législateur n'ayant exclu que l'application du droit collectif et n'ayant pas prévu, comme il l'a fait en matière d'accord de mobilité interne, la possibilité conventionnelle d'adapter le périmètre et les modalités de l'obligation de reclassement², l'employeur devra se conformer pleinement aux obligations prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail. Il ne pourra donc prononcer le licenciement du salarié opposé à l'accord de maintien de l'emploi qu'après avoir recherché activement, et lui avoir proposé, tous les emplois disponibles susceptibles d'être occupés par lui, au besoin après que son adaptation à l'emploi aura été assurée grâce à une formation complémentaire d'une durée relativement courte³. Ses recherches d'éventuels postes de reclassement devront se faire au niveau de l'entreprise dans son ensemble, voire, le cas échéant, au sein des sociétés du groupe avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable⁴. Elles devront également être étendues aux entreprises du groupe situées à l'étranger, à condition que la législation locale n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers et que le salarié ait accepté de recevoir des offres de reclassement hors de nos frontières, en précisant les éventuelles restrictions qu'il apporte aux recherches de l'employeur s'agissant des caractéristiques des emplois, notamment en matière de localisation et de rémunération, en application de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail. Faute pour l'employeur de satisfaire pleinement à son obligation de reclassement et d'adaptation préalable au prononcé du licenciement pour motif économique du salarié ayant refusé l'application de l'accord de maintien de l'emploi, la rupture sera dépourvue de cause réelle et sérieuse⁵.

234. Il devra en outre faire bénéficier le salarié des mesures sociales d'accompagnement que l'article L. 5125-2 du Code du travail impose aux partenaires sociaux

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 préc., art. 7.

² Art. L. 2242-23, C. trav.

³ Art. L. 1233-4, C. trav. ; Cass. soc., 19 oct. 1994, préc. ; Cass. soc., 28 mai 2008, JCP E 2008, 2032, obs. S. BEAL et A.-L. DODET ; JS Lamy 2008, n° 237, p. 15, obs. M.-C. HALLER.

⁴ Art. L. 1233-4, C. trav. ; Cass. soc., 25 juin 1992, Bull. civ. V, n° 420.

⁵ Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, préc.

de prévoir dans l'accord de maintien de l'emploi¹. Ainsi, si lorsque plusieurs salariés s'opposent à l'accord de maintien de l'emploi, l'employeur n'a pas à respecter le droit du licenciement collectif, et qu'il n'a ni à informer/consulter les représentants du personnel ni à élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi², l'accord doit tout de même comporter un « ersatz » de plan de sauvegarde de l'emploi au profit des salariés opposants à l'accord. Une marge de manœuvre importante est donc laissée aux partenaires sociaux pour définir l'étendue des engagements de l'entreprise en termes d'accompagnement des salariés qui seront licenciés à la suite de leur refus de soumettre à l'accord puisque ni la loi, ni l'ANI ne donnent la moindre indication sur le type de mesures d'accompagnement que doit contenir l'accord. La pertinence et l'importance des mesures sociales d'accompagnement instaurées dans l'accord seront donc fonction de la qualité du dialogue social dans l'entreprise, de ses moyens, de la possibilité de mobiliser ceux du groupe, et de la capacité des syndicats à imposer lors de la négociation la prévision de mesures tendant à réellement permettre aux salariés licenciés de retrouver au plus vite une activité professionnelle, au besoin en répondant « au chantage à l'emploi » par un « chantage à la majorité » nécessaire à la validité de l'accord...

L'accord pourrait ainsi prévoir la mise en place d'un bilan de compétences ou d'un abondement du compte personnel de formation³, d'une cellule de reclassement, d'actions de validation d'acquis de l'expérience, d'aides à la reconversion professionnelle ou à la création d'entreprise, etc. Si l'un des intérêts de l'accord de maintien de l'emploi est d'échapper à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'entreprise devra tout de même prendre des engagements en termes d'accompagnement des salariés licenciés suite à leur refus de se soumettre à l'accord de maintien de l'emploi. Ces engagements devront être réels et pertinents afin de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés licenciés au risque sinon que l'accord ne soit pas jugé conforme aux exigences légales et que les licenciements se trouvent par conséquent soumis au droit commun du licenciement pour motif économique...

Enfin, il appartiendra à l'employeur de proposer au salarié le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle⁴ ou d'un congé de reclassement⁵ et il sera tenu de respecter la priorité de réembauche offerte à tous les salariés licenciés pour motif économique¹.

¹ , comme le prévoyait l'ANI du 11 janvier 2013,

² Art. L. 1233-61 et s. C. trav.

³ Comme le prévoit l'ANI en ce qui concerne le licenciement d'un salarié ayant refusé une mesure de mobilité prévue par un accord de mobilité interne, ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 15.

⁴ Art. L. 1233-65 s., C. trav.

⁵ Art. L. 1233-71 s., C. trav.

235. Non-conformité au droit européen de l'éviction du droit des licenciements collectifs. Si les signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 et le législateur soumettent au régime des licenciements individuels le licenciement de plusieurs salariés opposants à l'application d'un accord de maintien de l'emploi², il est relativement ardu intellectuellement d'admettre que le licenciement de plusieurs salariés fondé sur la même cause économique ne soit pas considéré comme un licenciement collectif³. Surtout, cette éviction du droit du licenciement collectif est contraire à la directive n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 qui définit les licenciements collectifs comme ceux « effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs »⁴. Si elle laisse une certaine marge de manœuvre aux États membres pour déterminer le nombre de licenciements impliquant le respect de ses dispositions, elle précise qu'elle a notamment vocation à s'appliquer lorsque le nombre de licenciements sur une période de trente jours est au moins égal à dix dans les établissements employant entre cinquante et cent salariés⁵.

Par conséquent, lorsqu'un employeur s'apprête à licencier plusieurs salariés s'opposant à l'application de l'accord de maintien de l'emploi, il devrait, en application du droit européen, respecter les dispositions relatives au droit du licenciement collectif, au moins celles relatives au droit des grands licenciements collectifs lorsque le licenciement d'au moins dix opposants à l'accord est envisagé sur une même période de trente jours⁶. Certains auteurs estiment que les dispositions de l'article L. 5125-2 du Code du travail ne sont par contraires au droit européen au motif selon eux que « si l'on sait que pour la CJUE, constitue un licenciement toute cessation du contrat non voulue par le travailleur⁷, on doit cependant

¹ Art. L. 1233-45, C. trav. ;

² Art. L. 5125-2, C. trav. ; ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18.

³ En ce sens également, P. LOKIEC, art. préc.

⁴ Dir. 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 1^{er}, 1, a).

⁵ La directive prévoit ainsi qu'« on entend par « licenciements collectifs » : les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs lorsque le nombre de licenciements intervenus est, selon le choix effectué par les États membres :

i) soit, pour une période de trente jours :

- au moins égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs,
- au moins égal à 10% du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs,
- au moins égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs;

ii) soit, pour une période de quatre-vingt-dix jours, au moins égal à 20, quel que soit le nombre des travailleurs habituellement employés dans les établissements concernés » ; Dir. n° 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 1^{er}, 1, a).

⁶ Art. L. 1233-24-1 et s. C. trav.

⁷ CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-55/02 ; 7 sept. 2006, aff. C-187/05.

observer qu'elle a eu l'occasion d'interpréter l'article 1^{er} de la directive précitée en estimant que la cessation du contrat présuppose, notamment, un acte de volonté de l'employeur¹. Or, dans le cadre de l'accord de maintien de l'emploi, l'objet est justement de maintenir l'emploi et non de procéder à des licenciements. »². Néanmoins, ce raisonnement ne nous convainc guère dans la mesure où la CJUE a précisé que si « *la notion de licenciements collectifs au sens de [la directive] présuppose tant l'existence d'un employeur qu'un acte de la part de celui-ci* »³, « *la notification au travailleur de la résiliation du contrat de travail est l'expression d'une décision de rupture de la relation d'emploi* »⁴.

Les dispositions de la directive n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 ont donc vocation, à notre sens, à régir le prononcé des ruptures consécutives au refus par au moins dix salariés sur une période de trente jours de se voir appliquer l'accord de maintien de l'emploi. La directive impose trois obligations principales à l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement collectif. Il lui appartient en premier lieu d'informer les représentants des travailleurs sur les motifs du projet de licenciement et ses modalités de mise en œuvre⁵ et de les consulter en temps utile sur le projet de licenciement⁶. En second lieu, l'employeur est tenu de prévoir des mesures tendant à éviter le prononcé des licenciements ou à en limiter le nombre ainsi que d'envisager des mesures sociales d'accompagnement visant notamment à favoriser la réinsertion ou à la reconversion des salariés licenciés, mesures qui doivent obligatoirement être l'objet d'une consultation des représentants des salariés⁷. En troisième et dernier lieu, lorsqu'il compte mettre en œuvre un projet de licenciement collectif, l'employeur doit notifier à l'autorité administrative compétente ledit projet et l'ensemble des renseignements transmis aux représentants du personnel⁸.

¹ CJUE, 10 déc. 2009, aff. C-323/08 ; v. E. Lafuma, RJS 4/10 p. 261.

² S. BEAL, art. préc. ; en ce sens également, M. MORAND, art. préc.

³ CJUE, aff. C-323/08, du 10 déc. 2009, préc., cons. 34.

⁴ CJUE, aff. C-188/03, du 27 janv. 2005, cons. 36.

⁵ L'article 2, §3 de la directive du 20 juillet 1998 dispose ainsi qu'afin de permettre aux représentants des travailleurs de formuler des propositions constructives, l'employeur est tenu, en temps utile au cours des consultations de leur fournir tous renseignements utiles et de leur communiquer, en toute hypothèse, par écrit les motifs du projet de licenciement, le nombre et les catégories des travailleurs à licencier, le nombre et les catégories des travailleurs habituellement employés, la période au cours de laquelle il est envisagé, d'effectuer les licenciements, les critères envisagés pour le choix des travailleurs à licencier dans la mesure où les législations et/ou pratiques nationales en attribuent la compétence à l'employeur, la méthode de calcul envisagée pour toute indemnité éventuelle de licenciement autre que celle découlant des législations et/ou pratiques nationales.

⁶ Dir. n° 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 2, § 1.

⁷ Dir. n° 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 2, § 2.

⁸ Dir. n° 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc., art. 3.

Le régime des accords de maintien de l'emploi et notamment des licenciements qui sont susceptibles d'en découler n'est donc à notre sens pas conforme aux dispositions de la directive. Ainsi, l'obligation d'informer et de consulter les travailleurs sur le projet de licenciement ne semble pas satisfaite. Certes, au titre de ses attributions générales et en application de la jurisprudence *EDF*¹, le comité d'entreprise devra être consulté concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord de l'accord de maintien de l'emploi². Toutefois, cette consultation, tout comme la négociation de l'accord de maintien de l'emploi ne portent pas, par définition, sur un projet de licenciement, et ne satisfont dès lors pas aux obligations prescrites par la directive en cas de licenciement collectif lorsque l'employeur licencie plusieurs salariés suite à leur refus de se soumettre à l'accord de maintien de l'emploi.

236. En revanche, dans la mesure où la négociation d'un accord de maintien de l'emploi constitue *a priori* une mesure tendant à éviter le prononcé de licenciements et que l'accord doit prévoir des mesures d'accompagnement des salariés licenciés qui s'opposeraient à son application, on pourrait considérer que la seconde obligation imposée à l'employeur par la directive est dans une certaine mesure satisfaite, même si les mesures prévues par l'accord ne sont, par définition, pas déterminées dans le cadre d'une consultation relative à un projet de grand licenciement collectif...

Cependant, dès lors que l'article L. 5125-2 du Code du travail prévoit que les salariés ayant refusé l'application de l'accord à leur contrat sont licenciés selon les modalités d'un licenciement individuel, l'autorité administrative ne bénéficiera d'aucune information relative à ces ruptures puisqu'en droit français l'information de l'Administration du travail est réservée aux seuls licenciements collectifs. De ce point de vue, l'exclusion de l'application du droit des licenciements collectifs au licenciement de plusieurs salariés opposants à un accord de maintien de l'emploi est contraire au droit européen.

Au total, il nous semble que l'article L. 5125-2 du Code du travail est contraire aux prescriptions du droit européen relatives aux licenciements collectifs. On ne saurait exclure à cet égard l'éventualité que les juges décident d'imposer le respect du droit des licenciements collectifs en cas de refus par plusieurs salariés de se soumettre aux stipulations d'un accord de

¹ Cas. soc., 20 mai 1998, préc.

² Art. L. 2323-6, C. trav. ; Cass. soc., 5 mai, 1998, Bull. civ. V, n° 219 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 159, préc.

maintien de l'emploi en se fondant sur les dispositions de la directive du 20 juillet 1998¹. Si tel était le cas, le dispositif des accords de maintien de l'emploi perdrait beaucoup de son attractivité puisque les employeurs seraient à nouveau tenus de se conformer à l'ensemble des dispositions relatives au prononcé d'un licenciement collectif, à tous les moins à celles qui figurent dans la directive². Il conviendra toutefois d'attendre une prise de position claire de la jurisprudence puisque la mise en œuvre de l'accord de maintien de l'emploi conclu au sein de l'entreprise *Behr* ayant entraîné 166 licenciements³, n'a pas été accompagnée d'un plan de sauvegarde de l'emploi alors que la DIRECCTE locale en réclamait pourtant l'élaboration⁴.

Il convient donc d'attendre une décision de la Cour de cassation relative à l'application du droit des licenciements collectifs en cas de licenciements consécutifs au refus par plusieurs salariés de se soumettre à un accord de maintien de l'emploi, voire une éventuelle décision de la CJUE, saisie d'une question préjudicielle, sur la conformité de l'article L. 5125-2 du Code du travail aux dispositions de la directive du 20 juillet 1998⁵.

Les incertitudes qui entourent le régime juridique des licenciements consécutifs au refus de se soumettre aux stipulations d'un accord de maintien de l'emploi se manifestent également s'agissant du contrôle judiciaire relatif à ces ruptures.

.2 - Le contrôle judiciaire des licenciements des salariés opposés à l'accord de maintien de l'emploi

S'il semble acquis qu'un salarié licencié suite à son refus de se soumettre aux stipulations d'un accord de maintien de l'emploi pourra saisir le conseil de prud'hommes d'une contestation relative à l'absence de cause réelle et sérieuse fondant la rupture de son contrat, il apparaît que le contrôle judiciaire de cette rupture devrait être distinct du contrôle « traditionnel » des ruptures pour motif économique. À ce titre, le conseil de prud'hommes devra s'assurer d'une part que l'accord de maintien de l'emploi auquel s'est opposé le salarié

¹ En ce sens également, de manière plus nuancée toutefois, G. LOISEAU, art. préc.

² Procédure d'information/consultation des représentants du personnel, notification du projet de licenciement à l'Administration du travail, voire dans l'hypothèse d'un grand licenciement collectif prononcé dans une entreprise d'au moins cinquante salariés d'élaborer et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi validé ou homologué par l'Administration du travail.

³ Alors qu'il était censé permettre d'en éviter 102 ; sur cet accord, V. P. ADAM, « Le « prodigieux » accord de maintien de l'emploi Escapade en pays de Rouffach », SSL 2014, n° 1619, suppl.

⁴ P. ADAM, art. préc.

⁵ Dir. n° 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc.

est bien conforme aux exigences légales ; à défaut de quoi, la rupture devrait être déclarée sans cause réelle et sérieuse, voire dans certaines hypothèses nulle (a). D'autre part, il appartiendra au juge de vérifier que les conditions de mise en œuvre individuelle du licenciement sont bien conformes aux dispositions légales applicables à cette rupture (b).

a - Le contrôle judiciaire de la conformité de l'accord de maintien de l'emploi aux exigences légales

237. Appelé à contrôler la cause du licenciement d'un salarié qui s'est opposé à l'application d'un accord de maintien de l'emploi à son contrat, le juge devra s'assurer que l'accord satisfait bien aux exigences des articles L. 5125-1 et suivants du Code du travail. En effet, il semble envisageable que la jurisprudence relative au refus du salarié de la réduction de sa durée du travail en application d'un accord collectif soit transposée aux accords de maintien de l'emploi¹. En matière d'accords relatifs à la réduction de la durée du travail conclus en application de la loi Aubry II², la Cour de cassation estime ainsi que ce n'est qu'à la stricte condition que l'accord de réduction ou de modulation du temps de travail soit conforme aux exigences légales, que le refus du salarié de la modification de son contrat résultant de l'accord peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement³. Ainsi, dès lors que l'accord ne respecte pas les exigences légales, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Par conséquent, le refus du salarié de se soumettre à l'application d'un accord de maintien de l'emploi non conforme aux dispositions des articles L. 5125-1 et suivants du Code du travail devrait être dépourvu de cause réelle et sérieuse voire, dans certaines circonstances, nul. Le conseil de prud'hommes saisi d'une contestation relative au licenciement d'un salarié opposant à un accord de maintien de l'emploi devra vérifier que l'accord remplit bien toutes les conditions légales. Il lui faudra ainsi s'assurer qu'il a bien été conclu dans le respect de l'exigence majoritaire prévue à l'article L. 5125-4 du Code du travail, condition de validité de l'accord de maintien de l'emploi. À défaut de respecter l'exigence « majoritaire » prévue par ce texte, l'accord devrait être annulé. Or, la Cour de

¹ En ce sens, P.-H. ANTONMATTEI, « Les nouvelles frontières de la négociation collective (A propos des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail après l'ANI du 11 janvier 2013 », Dr. soc. 2013, p. 241 ; P. LOKIEC, art. préc.

² Loi n° 2000-37, du 19 janv. 2000, préc.

³ Cass. soc., 23 sept. 2009, Bull. civ. V. n° 201.

cassation assimile la nullité d'un accord collectif à une absence d'accord¹. Le licenciement du salarié devrait donc être déclaré sans cause réelle et sérieuse, voire nul. En effet l'absence d'accord de maintien de l'emploi ne permet pas à l'employeur de se prévaloir du régime dérogatoire de l'article L. 5125-2 du Code du travail, la rupture est donc soumise au droit commun du licenciement pour motif économique. Ainsi, si l'employeur a licencié au moins dix salariés opposants à l'accord dans une entreprise *in bonis* de cinquante salariés au moins, dans une même période de trente jours, leur licenciement devrait être nul faute pour l'employeur d'avoir établi un plan de sauvegarde de l'emploi.

Par ailleurs, le juge devra contrôler que l'accord a bien été conclu alors que l'entreprise connaissait de graves difficultés économiques conjoncturelles qui ont fait l'objet d'un diagnostic partagé entre l'employeur et les représentants des salariés à la négociation². On peut s'interroger sur la marge de manœuvre dont disposera le juge pour apprécier l'existence de ces difficultés dans la mesure où les partenaires sociaux ont *a priori* convenu ensemble de leur existence. Toutefois, si le juge estime que la situation économique de l'entreprise n'était pas de nature à permettre le recours à un accord de maintien de l'emploi, non seulement le licenciement du salarié opposant devrait être privé de cause réelle et sérieuse, mais surtout il devrait être pleinement soumis au droit du licenciement pour motif économique ; ce qui pourrait éventuellement entraîner son annulation faute pour l'employeur d'avoir respecté l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi qui pesait, le cas échéant, sur lui.

Il appartiendra en outre au conseil de prud'hommes de s'assurer que les mesures d'aménagement du temps de travail, de ses modalités de répartition et d'organisation ainsi que celles affectant la rémunération des salariés prévues par l'accord sont bien conformes aux exigences de l'article L. 5125-1 du Code du travail. Si l'accord de maintien de l'emploi ne respecte pas les garanties minimales accordées par ce texte et/ou contrevient à l'interdiction légale de déroger à certaines dispositions légales, le licenciement du salarié opposant sera dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il semble par ailleurs envisageable que le juge décide d'apprécier la proportionnalité des sacrifices prévus par l'accord (et refusés par le salarié licencié) à la gravité de la situation économique de l'entreprise et à l'objectif de maintien de

¹ Cass. soc., 9 nov. 20005, Bull. civ. V. n° 320.

² Art. L. 5125-1, I, C. trav.

l'emploi, voire de contrôler si les efforts demandés aux salariés étaient réellement indispensables pour assurer sa préservation¹.

De surcroît, les juges devront vérifier que l'accord de maintien de l'emploi contient bien des stipulations relatives aux conditions dans lesquelles dirigeants salariés, mandataires sociaux et actionnaires fournissent des efforts proportionnés à ceux des salariés². À défaut, la rupture devrait là encore être considérée comme ne reposant pas sur une cause réelle et sérieuse, voire frappée de nullité. De la régularité de l'accord de maintien de l'emploi dépend en effet la faculté de l'employeur se prévaloir du régime dérogatoire au droit du licenciement collectif³.

De la même manière, la reconnaissance d'une cause réelle et sérieuse au licenciement du salarié opposant est subordonnée au respect des conditions individuelles de mise en œuvre de l'accord.

b - Le contrôle judiciaire de la mise en œuvre individuelle de l'accord et de la mesure individuelle de licenciement

238. saisi d'une contestation relative au bien-fondé de la rupture du contrat, il appartient au conseil de prud'hommes de vérifier que le licenciement repose sur un motif économique réel et sérieux. Ce contrôle s'écarte toutefois de l'examen traditionnel du motif économique tel que défini à l'article L. 1233-3 du Code du travail. Cette singularité s'explique par le fait que le fondement du licenciement du salarié opposant à l'accord n'est pas son refus de « se soumettre » à l'accord, droit reconnu⁴, mais la cause de cette proposition, en l'occurrence les graves difficultés économiques conjoncturelles qui ont présidé à la conclusion de l'accord de maintien de l'emploi⁵. Il s'agit en quelque sorte d'un nouveau type de licenciement pour motif économique fondé sur un motif *sui generis*. On peut à ce titre s'interroger sur la possibilité pour le juge de réellement contrôler l'existence de ces

¹ En ce sens, G. BORENFREUND, art. préc.

² Art. L. 5125-1, II, C. trav.

³ Si tant est que les juges admettent son éviction, contraire au droit européen.

⁴ pas plus que dans la « proposition » d'aménagement temporaire de ses conditions d'emploi

⁵ Art. L. 5125-1, C. trav.

difficultés dans la mesure où elles ont théoriquement fait l'objet d'un constat partagé entre l'employeur et les représentants des salariés à la négociation¹.

La question divise la doctrine. Certains considèrent que le caractère majoritaire de l'accord de maintien de l'emploi devrait réduire la portée du contrôle judiciaire de ces difficultés². D'autres, en revanche, estiment que le juge devrait pouvoir pleinement apprécier le degré de gravité de ces difficultés sans être tenu par le diagnostic partagé de leur existence par les partenaires sociaux³. À notre sens, le conseil de prud'hommes devrait pouvoir apprécier que la gravité des difficultés économiques conjoncturelles est de nature à fonder le licenciement du salarié opposant à l'accord et retenir, le cas échéant, que ces difficultés ne sont pas suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat.

Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que la réalité et l'importance des difficultés économiques susceptibles de fonder un licenciement doit être appréciée non pas au seul niveau de l'entreprise, mais au niveau groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, le cas échéant⁴. Or, pour conclure un accord de maintien de l'emploi il suffit que de graves difficultés économiques conjoncturelles existent au niveau de l'entreprise. Il semble à cet égard que si les juges décidaient de contrôler l'existence des difficultés économiques au niveau du secteur d'activité du groupe et non de la seule entreprise, le dispositif des accords de maintien de l'emploi perdrait grandement de son intérêt⁵. De ce point de vue et au regard du fait que le licenciement du salarié opposant à l'accord repose sur un motif *sui generis* consistant en l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles au niveau de l'entreprise, les juges devraient se contenter d'apprécier les difficultés à ce seul niveau, avec le risque d'instrumentalisation de ces accords par des groupes peu scrupuleux. Il convient tout de même d'attendre une confirmation jurisprudentielle sur cette question. Certes, le diagnostic partagé sur l'existence de ces difficultés et le caractère majoritaire de l'accord de maintien de l'emploi devraient influencer sur le contrôle judiciaire de ces difficultés, mais il n'en demeure pas moins qu'un juge pourrait estimer qu'elles ne sont pas suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat du salarié opposant à l'accord et déclarer ainsi son licenciement sans cause réelle et sérieuse.

¹ Art. L. 5125-1, C. trav..

² En ce sens, E. PESKINE, art. préc. ; G. LOISEAU, art. préc.

³ En ce sens, G. BORENFREUND, art. préc.

⁴ Cass. soc., 5 avr. 1995, préc.

⁵ En ce sens, S. BEAL, art. préc. ; G. LOISEAU, art. préc.

239. Outre le contrôle du motif du licenciement, le juge sera tenu de s'assurer que les conditions de mise en œuvre individuelle de l'accord de maintien de l'emploi ont bien été respectées. Il appartiendra ainsi au conseil de prud'hommes de contrôler que la « proposition » faite au salarié d'aménagement de sa durée du travail ou de sa rémunération est bien conforme aux prévisions de l'accord de maintien de l'emploi ; si tel n'est pas le cas, son licenciement sera injustifié. De même, le juge devra vérifier que la proposition d'aménagement des conditions d'emploi faite au salarié respecte bien les garanties légales et notamment qu'elle est conforme aux dispositions auxquelles l'accord ne peut déroger¹. À cet égard, si la proposition faite au salarié a pour conséquence de réduire sa rémunération horaire ou mensuelle en deçà de 120 % du SMIC ou si elle contrevient au respect des durées maximales de travail ou minimales de repos², le licenciement devrait être déclaré sans cause réelle et sérieuse.

240. Les juges devront également s'assurer que le formalisme de la procédure de proposition de l'application de l'accord de maintien de l'emploi, telle que définie par ce dernier ou, à défaut de prévisions conventionnelles, celui prévu à l'article L. 1222-6 du Code du travail, a strictement été respecté par l'employeur. Sinon, le licenciement du salarié consécutif à son refus devrait être privé de cause réelle et sérieuse, tant la jurisprudence est intransigeante concernant le respect des dispositions de l'article L. 1222-6 du Code du travail en matière de modification contractuelle pour motif économique.

De surcroît, il appartiendra au conseil de prud'hommes de contrôler que l'employeur a bien satisfait aux obligations d'adaptation et de reclassement en recherchant activement toutes les solutions alternatives au prononcé du licenciement du salarié opposant, le licenciement pour motif économique n'étant que l'ultime recours offert à l'employeur. À défaut, la rupture sera dépourvue de cause réelle et sérieuse³. De même, les juges devront s'assurer que l'employeur a bien proposé au salarié le bénéfice des mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord.

Enfin, les juges pourraient être saisis d'une demande relative au non-respect par l'employeur de l'obligation de proposer au salarié le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle⁴ ou d'un congé de reclassement¹ et/ou de celle relative à la priorité de

¹ Art. L. 5125-1, C. trav.

² Art. L. 5125-1, C. trav.

³ Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, préc.

⁴ Art. L. 1233-65 s., C. trav.

réembauche². Si l'employeur ne s'est pas conformé à ces obligations, il sera sanctionné selon les règles relatives au manquement à ces dispositifs.

Conclus pour faire face à de graves difficultés économiques conjoncturelles, les accords de maintien de l'emploi sont l'objet d'un suivi et d'un contrôle tout au long de leur mise en œuvre afin non seulement de s'assurer que la situation économique de l'entreprise permet toujours leur application, mais également que l'employeur respecte bien ses engagements.

§ 4 : Le suivi et le contrôle de la mise en œuvre des accords de maintien de l'emploi

L'accord de maintien de l'emploi doit prévoir « *les modalités de l'organisation du suivi de l'évolution de la situation économique de l'entreprise et de la mise en œuvre de l'accord, notamment auprès des organisations syndicales de salariés représentatives signataires et des institutions représentatives du personnel* »³. À ce titre, l'ANI du 11 janvier 2013 précise que si les modalités de suivi doivent être déterminées par l'accord de maintien de l'emploi, il est indispensable que les « *indicateurs* » économiques et sociaux, à savoir principalement les renseignements contenus dans la base de données économiques et sociales soient actualisés régulièrement⁴, et fassent l'objet d'un dialogue avec les signataires et les institutions représentatives du personnel⁵. L'ANI recommande à ce titre que le suivi de la mise en œuvre de l'accord et de l'évolution de la situation de l'entreprise soit effectué selon une périodicité fixée par l'accord de six mois maximum⁶. Par ailleurs, il est impératif que soient prévues dans l'accord de maintien de l'emploi « *les modalités d'information des salariés quant à son application et son suivi pendant toute sa durée* »⁷.

¹ Art. L. 1233-71 s., C. trav.

² Art. L. 1233-45, C. trav.

³ Art. L. 5125-1, II, C. trav., *in fine*.

⁴ L'article L. 2323-7-2 du Code du travail prévoit d'ailleurs que la base de données économiques et sociales doit être mise à jour régulièrement.

⁵ ANI 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 relatif aux accords de maintien de l'emploi, art. 9.

⁶ ANI 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 relatif aux accords de maintien de l'emploi, art. 9.

⁷ Art. L. 5125-2, C. trav., *in fine*.

Il est en effet essentiel que la mise en œuvre de l'accord de maintien de l'emploi soit l'objet d'un véritable suivi, voire d'un contrôle, dans la mesure où d'une part son application est étroitement liée à la situation économique de l'entreprise qui peut évoluer en cours d'application (A), et ou d'autre part il est essentiel de s'assurer qu'alors que les salariés se voient imposer des sacrifices par l'accord, l'employeur exécute loyalement l'ensemble de ses engagements, à défaut de quoi des sanctions sont prévues (B).

A - Les répercussions de l'évolution de la situation de l'entreprise sur la mise en œuvre de l'accord

241. La spécificité d'un accord de maintien de l'emploi tient notamment à sa finalité : permettre à l'entreprise de surmonter de graves difficultés économiques conjoncturelles grâce à certains sacrifices imposés aux salariés tout en évitant le prononcé de licenciements pour motif économique. La mise en œuvre d'un accord de maintien de l'emploi est ainsi étroitement liée à la situation économique conjoncturelle de l'entreprise. Or, celle-ci peut évoluer au cours de l'application de l'accord, qu'elle s'aggrave ou s'améliore. C'est pourquoi, les signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 ont prévu une « *procédure de mise en cause* » permettant de définir les modalités de « *mise en cause* » ou de modification de l'accord, à l'initiative de l'employeur en cas de détérioration importante de la situation économique de l'entreprise ou de l'une ou l'autre partie en cas d'amélioration significative de celle-ci¹.

L'ANI du 11 janvier 2013 prévoyait ainsi qu'en l'absence d'un nouvel accord pour régler ces questions, les parties pourraient saisir le tribunal de grande instance (TGI), habilité dans un premier temps à suspendre provisoirement l'accord dans l'attente de la régularisation de la situation par les parties, puis dans un second temps, et au vu de la situation, à autoriser la poursuite de l'accord jusqu'à l'échéance de son terme ou à prononcer sa résolution judiciaire². Moyennant quelques modifications, le législateur a consacré la faculté de saisir le Président du tribunal de grande instance en cas d'évolution significative de la situation de l'entreprise, à contre courant de la logique de déjudiciarisation qui anime la réforme de 2013³.

¹ ANI 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 relatif aux accords de maintien de l'emploi, art. 10 et 11. Il convient immédiatement de préciser que cette « mise en cause » n'a strictement rien à voir avec la mise en cause d'un accord collectif susceptible de résulter d'une restructuration, visée à l'article L. 2261-14 du Code du travail.

² ANI 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 relatif aux accords de maintien de l'emploi, art. 10.

³ En ce sens, J. ICARD, art. préc. ; E. PESKINE, art. préc. ; F. GEA, art. préc. ; M. GREVY, « Le juge, ce gêneur... », RDT 013, p. 173.

L'article L. 5125-5 du Code du travail dispose que l'accord peut être suspendu à la demande de l'un de ses signataires par décision du Président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, lorsque la situation économique de l'entreprise a évolué de manière significative. Le TGI peut donc être saisi par l'employeur en cas d'aggravation notable des difficultés de l'entreprise ou, à l'inverse suite à une amélioration de la situation de l'entreprise ne justifiant plus que soient imposés aux salariés les sacrifices prévus par l'accord, par les représentants des salariés ayant conclu l'accord¹. Cette possibilité de suspension judiciaire de l'accord de maintien de l'emploi pour une durée déterminée du fait de l'évolution des circonstances économiques et des difficultés rencontrées par l'entreprise fait songer à une sorte d'application de la théorie de l'imprévision à l'accord de maintien de l'emploi².

242. Amélioration significative de la situation de l'entreprise. En cas de nette amélioration de la situation de l'entreprise au cours de l'application de l'accord, les signataires peuvent saisir en référé le TGI d'une demande de suspension de son application³. Au vu des éléments fournis par les parties, s'il estime que la situation de l'entreprise a significativement évolué dans le sens d'une embellie⁴, il ordonnera la suspension de l'accord de maintien de l'emploi pour une durée limitée fixée dans sa décision⁵.

L'accord de maintien de l'emploi doit encadrer les conséquences de sa suspension sur la situation des salariés en cas d'amélioration de celle de l'entreprise⁶. D'aucuns considèrent d'ailleurs que la résorption des difficultés économiques visées par l'accord a pour effet de faire disparaître la cause des sacrifices imposés aux salariés⁷. Ainsi, l'accord de maintien de l'emploi peut prévoir, en cas de suspension consécutive à l'amélioration de la situation de l'entreprise, le rétablissement de l'ensemble des droits dont bénéficiaient les salariés avant

¹ Si l'ANI du 11 janvier 2013 prévoit que le mandat donné aux représentants élus ou à un salarié par une organisation représentative au niveau de la branche vaut pour la négociation et le suivi de l'accord (ANI 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 relatif aux accords de maintien de l'emploi, art. 3, c), cette précision n'a pas été reprise par la loi. Il semble à ce titre important que les organisations syndicales lorsqu'elles mandatent un élu ou un salarié « lambda » pour négocier un accord de maintien de l'emploi, précisent que ce mandat vaut également pour le suivi de l'accord et autorise l'élu ou le salarié mandaté à saisir en référé le tribunal de grande instance pour demander la suspension de l'application de l'accord. En ce sens, S. BEAL, art. préc.

² En ce sens, E. PESKINE, art. préc. ; pour des précisions sur la théorie de l'imprévision, V. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2007, 3^{ème} éd., p. 379 et s.

³ Art. L. 5125-5, C. trav.

⁴ Notamment par exemple parce qu'est démontrée une augmentation sensible de son chiffre d'affaire et des bénéfices, une reprise de l'activité grâce à de nombreuses commandes, une diminution notable de son endettement, etc.,

⁵ Art. L. 5125-5, C. trav.

⁶ Art. L. 5125-1, III, C. trav.

⁷ En ce sens également, G. COUTURIER, art. préc. ; S. BEAL, art. préc.

son application, tout en indiquant que l'employeur reste pour sa part tenu par son engagement de maintenir les emplois des salariés assujettis à l'accord, en dépit de sa suspension.

À l'issue du délai de suspension fixé par le juge, les signataires de l'accord doivent le saisir à nouveau pour qu'il statue sur le sort de l'accord. Soit le juge décide d'autoriser sa poursuite jusqu'à son terme, ce qui ne devrait être le cas, en l'occurrence, que si l'amélioration de la situation économique de l'entreprise a été de courte durée et qu'elle se trouve de nouveau confrontée à de graves difficultés économiques conjoncturelles, soit il prononce sa résiliation judiciaire, évitant la rétroactivité de la « résolution » telle qu'elle avait été prévue par l'ANI du 11 janvier 2013¹.

Si au terme de la suspension provisoire de l'accord de maintien de l'emploi, le Président du tribunal de grande instance prononce sa résiliation judiciaire, les salariés devront non seulement recouvrer la jouissance de l'ensemble des droits qui étaient les leurs avant la mise en œuvre de l'accord mais également bénéficier des stipulations relatives aux conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur leur situation. L'accord de maintien de l'emploi pourrait ainsi prévoir qu'après sa résiliation judiciaire les salariés doivent bénéficier de rappels de salaire, de temps de repos supplémentaires, du versement d'une prime destinée à assurer le « *partage du bénéfice économique de l'accord* »², de l'attribution d'actions de l'entreprise, etc.

243. *Détérioration de la situation de l'entreprise.* En dépit des efforts consentis par les acteurs de l'entreprise, rien ne garantit que l'accord suffise au redressement de sa situation économique. Malgré les aménagements de la durée du travail et de la rémunération des salariés, la situation de l'entreprise peut se détériorer davantage et amener l'employeur à saisir le TGI en référé pour obtenir la suspension de l'application de l'accord³. En cas d'aggravation avérée, le juge pourra décider de suspendre provisoirement l'accord, jusqu'au terme du délai fixé dans l'ordonnance de référé⁴.

¹ A ce titre, Jean-Marc GERMAIN, dans le rapport fait auprès de l'Assemblée nationale souligne que « L'accord du 11 janvier évoquait la notion de « résolution judiciaire » de l'accord, ce qui laissait supposer que si celle-ci était prononcée, l'accord de maintien de l'emploi était réputé n'avoir jamais existé : en effet, la résolution d'un contrat conduit à remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lui, ce qui peut potentiellement conduire l'employeur à devoir payer rétroactivement la part des salaires non payée pendant l'accord, en cas de diminution de la rémunération des salariés prévue par l'accord. » ; J.-M. GERMAIN, rapp. AN, n° 847, préc., p. 333.

² ANI, 11 janv. 2013, préc., art. 18.

³ Art. L. 5125-5, C. trav.,

⁴ Art. L. 5125-5, C. trav.

Si l'article L. 5125-1, III, du Code du travail impose aux partenaires sociaux de prévoir les conséquences sur la situation des salariés d'une suspension judiciaire de l'accord de maintien de l'emploi en cas d'amélioration de la situation de l'entreprise, aucune disposition légale ne les contraint à prévoir les répercussions de sa détérioration. Rien ne semble pour autant leur interdire lors de la négociation de l'accord de maintien de l'emploi d'envisager un tel cas de figure, par exemple en stipulant l'obligation pour l'employeur de recourir au dispositif de l'activité partielle pendant la suspension.

La suspension de l'accord de maintien de l'emploi devrait entraîner le rétablissement de l'ensemble des droits, notamment contractuels, dont jouissaient les salariés avant son entrée en vigueur¹. Surtout l'employeur devrait recouvrer le pouvoir de prononcer des licenciements pour motif économique dans le périmètre de l'accord dont l'application, et par conséquent l'obligation patronale de maintenir les emplois, est temporairement suspendue. La possibilité de licencier pour un motif économique les salariés ayant consenti aux sacrifices induits par l'application de l'accord de maintien de l'emploi pendant la suspension judiciaire de ce dernier est confirmée par l'article L. 5125-6 du Code du travail qui fixe les modalités de calcul des diverses indemnités versées aux salariés licenciés au cours de la suspension judiciaire de l'accord². Est ainsi mise en exergue l'extrême relativité de la garantie du maintien de l'emploi censée être assurée par l'accord ainsi que le déséquilibre qui en découle. En effet, les salariés qui seront ainsi licenciés lors de la suspension de l'accord auront tout de même jusqu'à cette dernière consenti des sacrifices pour permettre à l'entreprise de surmonter les graves difficultés économiques conjoncturelles ayant présidé à la conclusion de l'accord...

244. À l'issue du délai de suspension fixé par le juge, il devra être à nouveau saisi par l'une ou l'autre partie pour décider, au vu des éléments fournis par les parties relatifs notamment au « résultat » de cette suspension provisoire, soit d'autoriser la poursuite de l'accord de maintien de l'emploi jusqu'à son terme, soit de le résilier³, si en dépit de cette suspension la situation de l'entreprise est telle qu'interdire à l'employeur de prononcer des ruptures pour motif économique plongerait l'entreprise dans une situation susceptible de la

¹ ANI 11 janv. 2013 préc., annexe à l'article 18 relatif aux accords de maintien de l'emploi, art. 11.

² L'article L. 5125-6 du Code du travail dispose en effet qu'« *En cas de rupture du contrat de travail, consécutive notamment à la décision du juge de suspendre les effets de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1, le calcul des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles de préavis et de licenciement ainsi que de l'allocation d'assurance mentionnée à l'article L. 5422-1, dans les conditions prévues par les accords mentionnés à l'article L. 5422-20, se fait sur la base de la rémunération du salarié au moment de la rupture ou, si elle est supérieure, sur la base de la rémunération antérieure à la conclusion de l'accord.* ».

³ Art. L. 5125-5, C. trav.

conduire aux portes de la liquidation. En revanche, si le juge décide d'autoriser la poursuite de l'accord jusqu'à son terme, l'ensemble des stipulations de l'accord de maintien de l'emploi est de nouveau applicable. Les salariés verront de nouveau les clauses de leur contrat contraires aux prévisions conventionnelles suspendues¹ et l'employeur ne pourra pas rompre leurs contrats pour un motif économique jusqu'à l'échéance du terme de l'accord². Si certains auteurs, s'interrogent sur la nécessité de solliciter de nouveau, après la suspension judiciaire, l'accord des salariés de voir appliquer les stipulations de l'accord de maintien de l'emploi³, il ne semble pas à notre sens que cela soit nécessaire. En effet, lorsque le salarié a donné son accord à l'application de l'accord de maintien de l'emploi à son contrat, il a accepté les aménagements conventionnels de sa durée du travail et de sa rémunération pour une durée déterminée. Or, dans la mesure où la suspension provisoire de l'accord ordonnée par le juge des référés n'a pas pour effet de décaler son terme, il n'y a pas de raison de solliciter à nouveau l'accord du salarié puisque celui-ci a été donné pour l'application de l'accord jusqu'à son terme, inchangé par la suspension provisoire.

Ainsi, en cas d'évolution significative de la situation de l'entreprise qu'il s'agisse de son amélioration ou de sa détérioration, les parties signataires peuvent saisir le juge pour obtenir dans un premier temps la suspension provisoire de l'accord ; puis, dans un second temps, son éventuelle résiliation judiciaire. Ce mécanisme, prévu en cas de « changement de circonstances » est également applicable en cas d'inexécution par l'employeur des engagements prévus par l'accord de maintien de l'emploi. Il s'agit en effet de l'une des sanctions auxquelles s'expose l'employeur en cas de manquement à ces obligations conventionnelles.

¹ Art. L. 5125-2, C. trav.

² Art. L. 5125-1, III, C. trav.

³ M. MORAND, art. préc.

B - Les sanctions du non-respect des engagements conventionnels

245. L'une des grandes faiblesses des engagements conventionnels de maintien de l'emploi antérieurs à la loi de sécurisation de l'emploi résidait dans la relative incertitude qui entourait la sanction de leur inexécution par l'employeur¹. À ce titre, l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi ont prévu deux types de sanction en cas de non-respect par l'employeur des engagements souscrits dans l'accord de maintien de l'emploi : l'une s'inscrivant en quelque sorte au niveau collectif et l'autre au niveau individuel. Ces deux sanctions que sont, d'une part, la suspension, voire la résiliation judiciaire, de l'accord² et, d'autre part, l'application d'une clause pénale³, traduisent l'application au droit de la négociation collective de mécanismes civilistes d'engagements de la responsabilité dédiés aux contrats synallagmatiques⁴. Cela ne saurait surprendre dans la mesure où d'une part, l'accord de maintien de l'emploi, comme tout accord collectif, a une nature hybride « à la fois contractuelle et normative »⁵ et où d'autre part, il s'agit d'un accord donnant-donnant impliquant une forme de synallagmatisme des engagements. La Cour de cassation avait d'ailleurs déjà retenu la responsabilité contractuelle de l'employeur à l'égard des salariés sur le fondement de l'article 1147 du Code civil en cas de non-respect d'un engagement conventionnel de maintien de l'emploi antérieur à la loi de sécurisation de l'emploi⁶.

246. *Suspension et résiliation judiciaire de l'accord en cas d'inexécution des engagements souscrits dans l'accord.* L'article L. 5125-5 du Code du travail prévoit que les représentants de salariés ayant conclu l'accord de maintien de l'emploi peuvent saisir le Président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, pour obtenir la suspension de l'application de l'accord lorsque les engagements souscrits, notamment en matière de maintien de l'emploi, ne sont pas appliqués de manière loyale et sérieuse. La référence à l'exécution loyale des engagements n'est dans une certaine mesure pas étonnante

¹ En ce sens, A. MARTINON, art. préc. ; E. PESKINE, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc. ; M.-A. SOURIAU-ROTSCHILD, art. préc. ; F. GAUDU, art. préc. ; J. SAVATIER, art. préc. ; M.-F. BIED-CHARRETON, art. préc.

² Art. L. 5125-5, C. trav.

³ Art. L. 5125-2, C. trav.

⁴ En ce sens, E. PESKINE, art. préc.

⁵ P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail ». RTD civ. 1939, p. 353

⁶ Cass. soc., 22 janv. 1998, Briou, préc. ; Dr. soc. 1998, p. 379, note G. COUTURIER ; Dr. soc. 1998, p. 292, obs. J.-E. RAY ; Cass. soc., 10 oct. 2002, préc. ; Dr. soc. 2002, p. 1158, note C. RADÉ.

puisque par le passé la Cour de cassation a validé la position d'une Cour d'appel ayant sanctionné un employeur pour ne pas avoir exécuté de bonne foi un engagement conventionnel de maintien de l'emploi¹. Ainsi, le juge peut ordonner la suspension de l'accord non seulement quand l'employeur viole manifestement son engagement en prononçant une rupture pour motif économique dans le périmètre de l'accord, mais également lorsqu'il ne l'exécute pas loyalement notamment en prononçant des licenciements pour motif économique « déguisés » en licenciement pour motif personnel, ou en concluant des ruptures conventionnelles fondées en réalité sur un motif économique.

L'accord peut par ailleurs être suspendu en cas de non-respect par l'employeur d'une autre obligation conventionnelle. L'ajout, lors des travaux de la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale², de l'adverbe « *notamment* » à l'article L. 5125-5 du Code du travail le suggère fortement. Ainsi, si l'employeur ne respecte pas sa promesse d'essayer d'obtenir la ratification par les organes sociétaires de l'accord³ ou qu'il viole un éventuel engagement d'accorder davantage de souplesse dans la répartition des horaires des salariés en contrepartie de l'augmentation de leur temps de travail⁴, il s'expose à la suspension de l'application de l'accord de maintien de l'emploi en référé.

Théoriquement, la suspension de l'application de l'accord doit entraîner le rétablissement non seulement de la situation contractuelle des salariés telle qu'elle existait avant l'entrée en vigueur de l'accord, mais également celui du pouvoir de l'employeur de prononcer des ruptures pour motif économique... À ce titre, si l'article L. 5125-1, III, du Code du travail oblige les partenaires sociaux à prévoir les conséquences sur la situation des salariés d'une suspension judiciaire de l'accord en cas d'amélioration de la situation de l'entreprise, la loi ne leur impose aucunement de déterminer les répercussions d'une suspension de l'accord consécutive à un manquement de l'employeur. Toutefois, rien ne semble leur interdire lors de la négociation de l'accord d'envisager les conséquences d'une suspension motivée par l'inexécution par l'employeur de certains de ses engagements et de prévoir par exemple que, dans une telle hypothèse, l'employeur ne pourrait prononcer de rupture pour motif économique pendant toute la durée de la suspension judiciaire de l'accord.

¹ En l'espèce, l'employeur avait licencié un salarié le lendemain de la survenance du terme de l'engagement de maintien de l'emploi ; Cass. soc., 1^{er} avr. 1997, *Case France*, préc.

² J.-M. GERMAIN, rapp. AN, n° 847, préc.

³ Et plus particulièrement de ses stipulations relatives aux efforts proportionnés à ceux des salariés que devraient fournir les mandataires sociaux et les actionnaires.

⁴ ou de prendre en considération certaines situations personnelles pour la mise en place de la nouvelle répartition du travail,

Le juge appréciera la loyauté de l'application de l'accord par l'employeur au vu des éléments qui lui auront été fournis par les parties et pourra ensuite autoriser la poursuite de son application jusqu'à son terme, ou prononcer sa résiliation. Ce mécanisme de suspension provisoire de l'accord et de résiliation judiciaire en cas d'inexécution par l'employeur de tout ou partie de ces engagements ou en cas d'exécution déloyale n'est pas sans rappeler le principe de la résolution judiciaire prévue à l'article 1184 du Code civil applicable en cas d'inexécution par l'une des parties à un contrat synallagmatique de ses obligations, sans les inconvénients induits par l'aspect rétroactif de la résolution qui serait source de nombreuses difficultés en présence d'un accord de maintien de l'emploi. La possible résiliation judiciaire de l'accord n'est pas la seule sanction inspirée du droit civil susceptible de s'appliquer en cas d'inexécution par l'employeur de ses engagements puisqu'il s'expose également à l'application de la clause pénale que doit obligatoirement prévoir l'accord de maintien de l'emploi.

247. Application de la clause pénale conventionnelle en cas de manquement par l'employeur à ses engagements conventionnels. L'article L. 5125-2, alinéa 3, du Code du travail dispose que « *L'accord contient une clause pénale au sens de l'article 1226 du code civil. Celle-ci s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment ceux de maintien de l'emploi mentionnés à l'article L. 5125-1 du présent code. Elle donne lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés lésés, dont le montant et les modalités d'exécution sont fixés dans l'accord.* ». La clause pénale est une clause contractuelle qui détermine une réparation forfaitaire en cas d'inexécution par l'une des parties de ses engagements Elle présente en général un caractère comminatoire puisqu'elle peut fixer un montant forfaitaire supérieur au préjudice éprouvé par le créancier¹. Dans ce cas, « elle constitue une peine privée (...) sa simple menace exerce un rôle prophylactique, incitant le débiteur à exécuter, car s'il n'exécute pas, il sera frappé dans sa partie sensible, ses intérêts pécuniaires »². Les représentants des salariés ont ainsi tout intérêt à essayer d'obtenir un montant suffisamment élevé pour présenter un caractère réellement comminatoire et inciter l'employeur à respecter l'ensemble de ses engagements. Les obligations visées par clause pénale concernent aussi bien l'engagement de maintien de l'emploi que les autres obligations

¹ Art. 1226 et s., C. civ. ; pour des développements relatifs à la clause pénale, V. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. préc.*, p. 541 et s.

² P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. préc.*, p. 542.

conventionnelles à la charge de l'employeur. Il est donc essentiel que les partenaires sociaux définissent avec précision le montant forfaitaire applicable dans chaque hypothèse.

La clause pénale peut être invoquée devant le conseil de prud'hommes par tous les « *salariés lésés* ». Or on peut penser que lorsqu'un employeur manque à son engagement de maintien de l'emploi en prononçant le licenciement pour motif économique d'un salarié assujéti à l'accord, ce dernier n'est pas le seul à être lésé. Les autres salariés qui ont consenti aux sacrifices imposés par l'accord moyennant l'engagement de l'employeur de ne prononcer aucune rupture pour motif économique dans le périmètre de l'accord sont également lésés par le non-respect par l'employeur de son engagement conventionnel¹. Toutefois, il est incontestable que leur préjudice sera distinct et *a priori* considérablement inférieur à celui du salarié licencié en méconnaissance de l'accord. En pareil cas, la clause pénale pourrait prévoir un montant de dommages et intérêts nettement plus important au bénéfice des salariés dont le contrat serait rompu pour un motif économique en violation de l'accord et de l'article L. 5125-1, III, du Code du travail. Plus le montant de la clause pénale sera élevé, plus celle-ci présentera un caractère réellement comminatoire de nature à renforcer le caractère contraignant de l'engagement de l'employeur.

Les partenaires sociaux peuvent décider de faire varier le montant de la clause pénale en fonction de l'importance des obligations violées par l'employeur. Le plus élevé devrait, à notre -sens, être réservé à la violation de l'engagement de maintien de l'emploi, les manquements de l'employeur à ses autres obligations conventionnelles faisant pour leur part l'objet d'une sanction moindre. On rappellera que si le montant de la clause pénale peut être librement fixé par les parties, le juge dispose néanmoins d'un pouvoir modérateur². Le conseil de prud'hommes n'est donc pas tenu par le montant conventionnel des dommages et intérêts prévu au bénéfice d'un salarié licencié en violation de l'engagement de maintien de l'emploi : il pourra prononcer une indemnisation supérieure ou inférieure.

La mise en œuvre de la clause pénale ne fait pas obstacle au prononcé des sanctions encourues par l'employeur qui prononcerait un licenciement au mépris de son engagement à maintenir l'emploi. Si le contrat d'un salarié a été rompu pour un motif économique en violation de l'accord, et de l'article L. 5125-1, III, du Code du travail, cette rupture ne bénéficiant pas du régime dérogatoire de l'article L. 5125-2 dudit code, elle doit être soumise

¹ En ce sens également, A. MARTINON, art. préc. ; G. LOISEAU, art. préc. ; E. PESKINE, art. préc. ; S. BEAL, art. préc. ; G. COUTURIER s'interroge même sur la possibilité de considérer que les salariés ayant refusé l'application de l'accord de maintien de l'emploi soient également des « salariés lésés ». (G. COUTURIER, art. préc.). A notre sens, tel n'est pas le cas.

² Art. 1152, C. civ.

au droit commun des ruptures pour motif économique. D'une part, cela signifie que, quel que soit le mode de rupture et dès lors qu'elle repose sur un motif économique, elle doit être prise en compte pour vérifier si l'employeur doit ou non respecter le droit des licenciements collectifs¹, ce qui pourrait ainsi entraîner l'annulation de la rupture le cas échéant. D'autre part, si la rupture est un licenciement, le salarié pourra, outre la demande de dommages et intérêts prévus par la clause pénale, contester devant le conseil de prud'hommes l'existence d'une cause réelle et sérieuse fondant son licenciement. Les dommages-intérêts prévus par la clause pénale se cumulent donc avec l'indemnisation réparant l'absence de cause réelle et sérieuse prévue aux articles L. 1235-3 et L. 1235-5 du Code du travail selon les situations².

248. Illustration topique de la logique de flexisécurité, les accords de maintien de l'emploi permettent à l'entreprise de bénéficier de la flexibilité nécessaire à surmonter la crise conjoncturelle qui préside à sa conclusion en autorisant des dérogations *in pejus* aux droits contractuels des salariés par le biais d'aménagements temporaires de leur durée du travail et/ou de leur rémunération, alors que la sécurité de l'emploi censée découler d'un tel accord apparaît quant à elle très hypothétique... Si la philosophie sous-tendue par ces accords selon laquelle en combinant les efforts de l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise (salariés, mandataires sociaux et actionnaires) pour lui permettre de faire face aux graves difficultés économiques conjoncturelles qu'elle rencontre tout en évitant de mettre en œuvre une restructuration destructrice d'emplois est symboliquement séduisante, nombre des principes légaux censés régir les accords de maintien de l'emploi risquent de rester purement symboliques, qu'il s'agisse de l'existence d'efforts proportionnés à ceux des salariés fournis par les mandataires sociaux ou les actionnaires, de la garantie du maintien de l'emploi, etc.

¹ L'alinéa du l'article L. 1233-3 dispose en effet que l'ensemble des dispositions du Chapitre du Code du travail relatif au licenciement pour motif économique est applicable « à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa ». Il convient de préciser que si les ruptures conventionnelles visées à L. 1237-11 ne relèvent pas du chapitre relatif au licenciement pour motif économique, la jurisprudence décide que dès lors qu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un projet de réduction des effectifs, elles doivent être prises en compte pour le calcul des seuils déclenchant l'application des dispositions relatives aux procédures de petit ou de grand licenciement collectif, sans pour autant qu'elles se trouvent soumises aux règles régissant ces licenciements ; en ce sens Cass. soc., 9 mars 2011, Bull. civ. V, n° 70 ; RDT 2013, p. 226, rapp. J.-M BERAUD ; RDT 2013, p. 244, ,obc. F. GEA ; Dr. soc. 2011, p. 681, note G. LOISEAU ; JCP S 2011, 1200, note F. FAVENNEC-HERY.

² L'article L. 1235-3 du Code du travail s'applique en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement d'un salarié ayant moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise d'au moins onze salariés, l'article L. 1235-5 du Code du travail régissant les autres hypothèses.

Si l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi encouragent la négociation « à chaud » d'accords de maintien de l'emploi afin d'éviter, théoriquement, une restructuration destructrice d'emplois, cette négociation impose un changement radical de mentalités de la part des différentes parties à la négociation. En effet, la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi suppose donc un dialogue social de qualité, basé sur la confiance et la transparence des informations condition *sine qua non* du partage de responsabilité dans la gestion de l'emploi et le prononcé de licenciements susceptibles d'en découler. Tout cela implique un changement de mentalités chez nombre d'employeurs et d'organisations syndicales dans la manière d'envisager la gestion de l'entreprise, changement de mentalités qu'aucune loi ne saurait à elle seule entraîner et qui nécessitera à n'en pas douter du temps, tant les relations sociales sont en France marquées par une logique d'affrontement et de défiance impropre à créer le climat de confiance indispensable à l'émergence d'un dialogue social serein sur la gestion de l'emploi « à chaud »... Les employeurs sont ainsi en général peu enclins à partager les informations relatives à la situation économique et financière de l'entreprise, à sa stratégie, etc. Quant aux organisations syndicales, elles n'ont pas particulièrement envie d'être coresponsables de la dégradation des conditions d'emploi des salariés dont le maintien n'est pas réellement assuré par l'accord et encore moins de partager la responsabilité du prononcé de licenciements pour motif économique, alors même qu'elles n'ont aucun droit de regard sur la gestion de l'entreprise et les décisions en termes d'investissement, de stratégie, de développement d'activité, de recherche et de développement, d'externalisations, etc. qui ont pu être prises au préalable par les dirigeants et conduire l'entreprise dans une grave crise économique conjoncturelle... Il est à ce titre remarquable que plus d'un an près l'entrée en vigueur de la loi de du 14 juin 2013, seuls deux accords de maintien de l'emploi aient été conclus en application des articles L. 5125-1 et suivants du Code du travail¹...

Non seulement, l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi invitent les partenaires sociaux à négocier dans l'entreprise des accords de maintien de l'emploi, mais ils instaurent également la faculté de négocier « à chaud » sur un projet de grand licenciement collectif envisagé dans une entreprise de cinquante salariés au moins afin de conclure un accord portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi et éventuellement sur les modalités d'information/consultation des représentants du personnel sur ce projet et les conditions de

¹ F. FAVENNEC-HERY, « Les accords de maintien de l'emploi », JCP S 2014. 1186.

mise en œuvre des ruptures, les syndicats étant ainsi appelés à partager directement la responsabilité de la mise en œuvre d'un projet de licenciement collectif...

Section II : La faculté de négocier sur les projets de grand licenciement collectif

249. Si, au nom de la liberté d'entreprendre, l'employeur a le pouvoir de décider seul de prononcer un licenciement pour motif économique, dès lors qu'il envisage de procéder à un licenciement collectif, il est tenu de consulter les représentants du personnel et ce depuis qu'est né le droit du licenciement pour motif économique avec la loi du 3 janvier 1975¹. En effet, dès 1975 le législateur a consacré le choix réalisé en 1974 par les partenaires sociaux, dans l'avenant à l'ANI de 1969 sur la sécurité de l'emploi², qui ont préféré à une négociation entre employeur et syndicats sur ces projets leur soumission à la consultation des représentants du personnel³. La loi du 3 janvier 1975 soumit ainsi le prononcé d'un licenciement collectif à un double contrôle de légitimité : d'une part, un contrôle « social » réalisé par les représentants du personnel qui disposaient seulement du droit d'être consultés sur le projet de compression des effectifs, à l'exclusion de tout pouvoir décisionnel, et d'autre part un contrôle « public ». En effet, tout licenciement pour motif économique devait être au préalable autorisé par l'Administration du travail, autorisation administrative véritable clé de voûte du droit du licenciement pour motif économique jusqu'en 1986.

Vivement critiquée, cette autorisation administrative fut supprimée en 1986⁴, et le droit du licenciement collectif connut par la suite de multiples réformes axées autour de deux

¹ Loi n° 75-5, du 3 janv. 1975, relative aux licenciements pour cause économique, JO 4 janv. 1975, p. 202.

² ANI du 10 fév. 1969, sur la sécurité de l'emploi, modifié notamment par l'avenant du 21 novembre 1974 dans lequel les partenaires sociaux créèrent l'obligation pour l'employeur, dans certaines circonstances, d'élaborer un plan social dont la finalité était « *d'une part, éviter ou limiter les mesures de licenciement, et, d'autre part, faciliter au maximum le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité* », art. 12.

³ Si c'est avec la loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 qu'est véritablement né le droit du licenciement pour motif économique ; avant elle, la loi du 18 juin 1966 prévoyait que le comité d'entreprise devait donner son avis en cas de projet de compression d'effectifs (loi n° 66-427, du 18 juin 1966, modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises, JO du 25 juin 1966, p. 5267).

⁴ Cette autorisation fut en effet supprimée par les lois n° 86-797 du 3 juillet 1986 (relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, JO 4 juil. 1986, p. 8302) et n° 86-1320 du 30 décembre 1986 (relative aux procédures de licenciement, JO 31 déc. 1986, p. 15885).

objectifs principaux¹. Le premier était de responsabiliser l'employeur en lui imposant de mettre en œuvre des mesures sociales tendant à accompagner les salariés licenciés pour motif économique, la mesure phare étant le plan de sauvegarde de l'emploi², intégrant un plan de reclassement obligatoire, à peine de « nullités en cascade »³, lorsque l'employeur envisageait de prononcer au moins dix licenciements sur une période de trente jours dans une entreprise employant au moins cinquante salariés. Le second souci du législateur et de la jurisprudence était de renforcer les prérogatives des représentants du personnel en matière d'information/consultation sur les projets de grand licenciement collectif pour que soit assurée l'expression collective des salariés permettant la prise en compte de leurs intérêts lors des décisions de restructuration destructrices de nombreux emplois, et que soit mis en œuvre leur droit de participer par l'intermédiaire de leur représentants à la gestion de l'entreprise⁴.

250. Au fil du temps, des multiples réformes et de certaines décisions de la Cour de cassation, la procédure de grand licenciement collectif s'est complexifiée, alourdie, au point de concentrer l'essentiel des critiques relatives au droit du licenciement pour motif économique⁵. Cette procédure, au cours de laquelle est élaboré le plan de sauvegarde de l'emploi, était notamment accusée d'être source d'insécurité juridique et d'empêcher la mise en œuvre rapide d'opérations de restructuration indispensables à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise voire à sa survie. Cristallisant les logiques opposées dans lesquelles se trouvaient parfois direction d'entreprise et représentants des salariés, cette procédure les entraînait dans un « match » procédural (procédurier ?) avec pour arbitre le juge des référés, match dont le résultat était bien souvent connu à l'avance : nul ; tout le monde en sortait perdant : l'emploi, les salariés et l'entreprise. Si le but de cette procédure d'information/consultation était (et est toujours) théoriquement d'associer les représentants du personnel à la prise de décision afin de permettre la prise en compte des intérêts des salariés dans le processus de restructuration et d'essayer grâce à la mise en œuvre d'un plan de

¹ Sur l'évolution du droit du licenciement pour motif économique, V. Méga Code du travail 2015, 2^{ème} éd. Dalloz, 2014, p. 255 et s.

² À l'époque dénommé plan social

³ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 416 ; l'absence de plan de reclassement entraînait en effet la nullité de la procédure et avec elle celle des licenciements subséquents.

⁴ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8.

⁵ En ce sens, A. TEISSIER, « Le temps dans la procédure de consultation en cas de PSE », JCP S 2013, 1259 ; F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement économique : un changement d'acteurs », JCP S 2013, 1258 ; F. GEA, « Le droit du licenciement économique, à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210 ; E. WARGON et J.D. COMBEXELLE, « La loi de sécurisation de l'emploi : point sur l'encadrement des licenciements collectifs », JCP S 2013, act. 432 ; G. COUTURIER, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », Dr. soc. 2013, p. 814 ; P. VIVIEN et P. PREVOSTEAU, « Les procès-dures de licenciement économique : un droit protecteur ou contreproductif ? », Dr. soc. 2013, p. 223.

sauvegarde de l'emploi d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre et de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le licenciement est inéluctable, la mise en œuvre pratique de cette procédure était trop souvent dévoyée du fait des logiques contradictoires dans lesquelles se situent parfois direction de l'entreprise et représentants des salariés.

Trop fréquemment malheureusement, avant même d'avoir engagé la procédure de consultation, la direction de l'entreprise a déjà arrêté le plan de restructuration dans son ensemble et notamment les modalités de mise en œuvre de son projet de grand licenciement collectif. La direction n'a dès lors qu'un objectif : la réalisation du nombre de suppressions d'emploi souhaité, dans le temps prévu, en respectant le budget assigné à l'opération, sans altération des performances de l'entreprise. Elle a donc trop souvent comme objectif principal de respecter formellement la procédure de consultation dans le but d'éviter toute sanction et surtout tout recours contentieux de la part des représentants du personnel généralement soucieux de relever chaque irrégularité. Certaines directions d'entreprises n'ont ainsi pour seul but que la mise en œuvre rapide de la restructuration et du projet de grand licenciement collectif, le respect de la procédure d'information/consultation n'étant qu'une formalité légale à laquelle elles sont contraintes de se plier. Ce phénomène peut être accentué par l'intégration de l'entreprise dans un groupe du fait de la déconnexion entre la direction du groupe qui a décidé la restructuration, l'a planifiée et a « entériné » le prononcé des licenciements, et le chef de l'entreprise qui doit mettre en œuvre l'opération et prononcer les ruptures qui en découlent alors même qu'il ne les a pas réellement décidées et qu'elles s'inscrivent dans la stratégie du groupe dont il n'a le plus souvent même pas connaissance.

Le temps est donc fréquemment le principal souci du chef d'entreprise non seulement parce que le plus souvent prononcer au plus vite les licenciements peut être indispensable à la survie de l'entreprise, mais aussi parce qu'en tout état de cause il a tout intérêt à ce que la procédure se déroule le plus rapidement possible puisqu'une fois celle-ci engagée, l'activité de l'entreprise se poursuit dans des conditions humainement difficiles : ambiance de crise sociale, climat anxiogène pour les salariés fait d'inquiétudes et d'incertitudes ayant inmanquablement des répercussions sur la productivité et les performances de l'entreprise.

À l'inverse, conscients que leur avis n'influera guère sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif de la direction si celle-ci est décidée à mener à bien le processus tel qu'il est déjà arrêté, bien souvent les membres du comité d'entreprise cherchaient à gagner du temps afin que les ruptures soient prononcées le plus tard possible pour garantir ainsi aux salariés menacés de licenciement le versement de leur salaire le plus longtemps possible et leur laisser aussi le temps de chercher et trouver un nouvel emploi, et

de négocier au mieux leur départ). À cette fin, il n'était pas rare que les représentants du personnel scrutent toutes les erreurs de procédure pour introduire toutes sortes de recours plus ou moins dilatoires¹, permettant au moins de gagner du temps, voire dans le meilleur des cas d'améliorer le projet de restructuration et d'éviter le prononcé de certains licenciements ou encore d'assurer l'élaboration de mesures de reclassement interne et externe efficaces...

L'allongement des procédures dû aux nombreuses réformes législatives, à la jurisprudence pointilleuse de la Cour de cassation sur le respect de la procédure d'information/consultation sur les projets de grand licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi, aux possibles recours à des expertises, à la multiplicité des actions contentieuses rallongeant d'autant le temps réel de la procédure, ou encore à la logique d'affrontement, d'opposition entre les parties qui dominait trop souvent cette procédure et conduisait à son instrumentalisation était vivement critiqué, ont conduit à une réforme en profondeur de cette procédure.

251. Le document d'orientation remis le 7 septembre 2012 aux partenaires sociaux invités à négocier au niveau national et interprofessionnel constatait ainsi que la procédure d'information/consultation n'évitait pas un certain nombre de contournements et générait de fortes incertitudes sur les délais et sur la sécurité juridique des procédures, dommageables tant pour les salariés que pour les entreprises. Maniant habilement l'art de la litote, ce document soulignait que « *Les rôles respectifs des IRP, des partenaires sociaux, de l'Etat, du juge, évolutifs au gré des modifications législatives et de la jurisprudence, ne peuvent être considérés comme pleinement satisfaisants* », et invitait les partenaires sociaux à trouver un nouvel équilibre permettant de renforcer la sécurisation des parcours professionnels et l'efficacité des dispositifs de reclassement et de clarifier et sécuriser les procédures en évoquant notamment la possibilité de conférer un rôle plus important à la négociation collective en la matière, ainsi qu'à l'Administration du travail ou encore d'encadrer les délais de la procédure².

¹ Certains des recours introduits par les représentants du personnel étant pleinement justifiés. Il arrive en effet parfois que l'employeur ne divulgue pas l'ensemble des informations nécessaires à l'analyse du projet de restructuration ou de grand licenciement collectif par une sorte de « réflexe naturel à la confidentialité » justifiant un recours en référé afin d'obtenir les documents nécessaires à l'exercice de la mission du comité, recours qui permet de surcroît de « gagner du temps ».

² Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, « Document d'orientation négociation nationale interprofessionnelle pour une meilleure sécurisation de l'emploi », 7 sept. 2012.

Afin de « sécuriser » la procédure de grand licenciement collectif donnant lieu à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'ANI du 11 janvier 2013 a notamment prévu d'enserrer la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise dans de stricts délais préfix, principe repris par le législateur¹. Surtout, la sécurisation de cette procédure repose sur la double volonté qui anime tant l'ANI du 11 janvier 2013 que la loi du 14 juin 2013, sa procéduralisation et sa déjudiciarisation². Ainsi, le contrôle de cette procédure échappe dorénavant au juge judiciaire et relève de l'Administration du travail qui doit se livrer à un contrôle « en temps réel » du respect de la procédure qui ne saurait entraîner le dépassement des délais préfix légalement prévus, ainsi qu'à un contrôle *a priori* du plan de sauvegarde de l'emploi.

De surcroît, est désormais prévue et encouragée la négociation collective « à chaud » sur l'ensemble du projet de licenciement collectif, qu'il s'agisse de définir les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise, les conditions de mise en œuvre des licenciements ou encore, et c'est là le seul objet obligatoire de cette négociation, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. La procéduralisation conventionnelle est ainsi vivement encouragée et présentée, avec la déjudiciarisation, comme le moyen le plus adéquat pour sécuriser les procédures de grand licenciement collectif. L'idée est de substituer à la logique d'affrontement qui pouvait exister entre employeurs et représentants du personnel lors de l'examen du projet de compression des effectifs, une logique de dialogue, par essence plus consensuel ; le dialogue social étant censé être vecteur d'apaisement dans un contexte déjà tendu par l'annonce d'une restructuration destructrice d'emplois.

Dorénavant l'employeur qui projette un grand licenciement collectif dans une entreprise employant au moins cinquante salariés a donc le choix. Il peut soit décider d'élaborer unilatéralement le projet de licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi l'accompagnant à l'issue de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise projet soumis à un contrôle administratif *a priori*, soit conclure un accord collectif sur le projet de grand licenciement collectif portant *a minima* sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, et permettant éventuellement de déroger aux dispositions légales relatives à la procédure d'information/consultation, accord également soumis à un contrôle administratif, toutefois plus restreint.

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 20 ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi – « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280 ; A. TEISSIER, « Le temps dans la procédure de consultation en cas de PSE », JCP S 2013, 1259 ; A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation - Une réforme peut en cacher une autre », RDT 2013, p. 184 ; F. GEA, art. préc.

Si l'employeur est libre de choisir entre ouvrir une négociation avec les syndicats sur le projets de licenciements collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi y afférant, adaptant éventuellement la procédure d'information/consultation et les modalités de mise en œuvre des licenciements, ou se plier à la procédure légale de consultation du comité d'entreprise, voire de mêler les deux en concluant un accord sur le plan de sauvegarde de l'emploi et en consultant les représentants du personnel sur les autres aspects du projet, la voie du dialogue social est vivement encouragée. À ce titre, l'instruction du 26 juin 2013 enjoint à l'autorité administrative d'encourager la recherche d'un accord collectif chaque fois que cela est possible et affirme que la voie négociée constitue « *une alternative positive à l'élaboration unilatérale d'un projet de licenciement* »¹. Le droit des grands licenciements collectifs issu de la réforme de 2013 est en effet implicitement fondé sur l'idée que négocier avec les organisations syndicales se présente comme le moyen le plus efficace pour déterminer les modalités de procédure les mieux adaptées aux spécificités de l'entreprise, pour définir les caractéristiques du projet de licenciement et élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi tendant à assurer au mieux le reclassement tant interne qu'externe des salariés. La décentralisation du droit du travail et la procéduralisation du droit des restructurations mise en œuvre tant par l'ANI du 11 janvier 2013 que par le législateur « repose sur la conviction ferme et étayée que la négociation, face à l'extrême complexité et diversité des relations sociales notamment dans l'entreprise, est une solution adaptée et d'avenir »².

Le recours à la négociation collective sur les projets de grands licenciements collectif présente l'intérêt pour l'employeur non seulement de pouvoir adapter les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet et ainsi de sécuriser la procédure³, mais surtout de voir le plan de sauvegarde de l'emploi soumis certes à un contrôle administratif, mais beaucoup plus restreint que celui auquel il est assujetti en cas d'élaboration unilatérale à l'issue de la procédure d'information/consultation du comité, sécurisant ainsi les ruptures. Pour ce qui concerne les syndicats, un pouvoir de « codécision » sur le projet de grand licenciement collectif leur est accordé ce qui peut leur permettre de contribuer à l'amélioration du projet, d'obtenir une réduction du nombre de suppressions d'emploi et la prévision de mesures sociales d'accompagnement de nature à réellement

¹ Instruction n° 2013-10 du 26 juin 2013 relative aux orientations pour l'exercice des nouvelles responsabilités des Direccte/Dieccte dans les procédures de licenciements économiques collectifs (loi de sécurisation de l'emploi), N° NOR : ETSD1316861J.

² J.-D. COMBREXELLE, in *Compétitivité et des entreprises et sécurisation de l'emploi, Le passage de l'accord à la loi*, ss. la. dir. de G. COUTURIER et J.-F. AKANDJI-KOMBE, éd. IRJS, mai 2013, p. 72.

³ Ce qu'il pouvait déjà faire « à froid » en négociant un accord de méthode en application des articles L. 1233-21 et s. du Code du travail, accords de méthode qui survivent à la réforme de 2013 bien que cette dernière réduise considérablement leur objet et dans une certaine mesure leur intérêt.

favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le licenciement ne pourra être évité. Ainsi, selon un auteur, au-delà de l'intérêt propre que peut en retirer chaque partie, le recours à ce mode d'élaboration du projet dans le cadre d'une négociation « à chaud » présente un intérêt partagé pour les parties consistant en la promotion d'un mode de relations sociales « gagnant-gagnant » d'avantage fondé sur l'engagement que sur l'affrontement¹. En effet, il est question d'engagement dans la mesure où conclure un accord sur le projet de licenciement collectif induit une sorte de partage de responsabilité entre employeur et syndicats dans la gestion de l'emploi et en l'occurrence dans le prononcé de licenciements pour motif économique alors même que les syndicats n'ont aucun pouvoir ou ne serait-ce qu'un droit de regard sur la décision de restructuration qui est à l'origine du projet de compression des effectifs... Cette négociation pourrait en pratique se traduire par la possibilité pour l'employeur d'obtenir une sorte de « caution syndicale » sur un projet de licenciement en réalité déjà arrêté de manière plus ou moins unilatérale, imposant en tout état de cause aux organisations syndicales d'assumer une part de responsabilité dans le prononcé de licenciements pour motif économique ce qu'elles n'apprécient pas particulièrement...

La possibilité ainsi offerte aux organisations syndicales de négocier sur l'ensemble des aspects du projet de licenciement collectif, en évinçant dans une certaine mesure les représentants du personnel puisque l'article L. 1233-30 du Code du travail prévoit que les éléments ayant fait l'objet d'un accord « *ne sont pas soumis à la consultation du comité d'entreprise prévue au présent article* »², cristallise l'immixtion de la négociation collective dans la sphère de la consultation des représentants du personnel dont les attributions se trouvent en quelque sorte mises sous tutelle syndicale.

A ce titre et dans la mesure où la conclusion d'un accord collectif sur le projet de grand licenciement, et notamment sur le plan de sauvegarde de l'emploi qui l'accompagne, permet à l'entreprise de déroger aux modalités légales d'information/consultation des représentants du personnel, aux conditions légales de mise en œuvre des licenciements qu'il s'agisse des dispositions relatives à l'ordre des licenciements ou des « *modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement* »³, ces accords doivent être revêtus d'une certaine légitimité. Ainsi, si employeur et organisations syndicales sont autorisés à conclure un accord sur les projets de grand licenciement collectif envisagés dans

¹ A. TESSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S 2013, 1205.

² Comme nous le verrons, le comité d'entreprise devra en tout état de cause non seulement être consulté sur le projet au titre de sa compétence générale, mais également être consulté sur le projet d'accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi en application de la jurisprudence *EDF*, Cass. soc., 5 mai 1998, préc.

³ Art. L. 1233-24-2, C. trav.

une entreprise de cinquante salariés au moins (§ 1), un tel accord ne peut être valable qu'à la double condition d'être « majoritaire » et d'avoir été validé par l'Administration du travail (§ 2).

§ 1 : La faculté de négocier sur un projet de grand licenciement collectif

La possibilité de conclure un accord collectif relatif au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi devant accompagner tout projet de grand licenciement collectif envisagé dans une entreprise de cinquante salariés au moins n'est pas née en 2013. Dès 1986, le législateur avait envisagé la possibilité d'élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi, dénommé plan social à l'époque, dans le cadre d'une négociation collective avec les organisations syndicales. La loi du 30 décembre 1986 prévoyait ainsi une réduction des délais de notification des licenciements en cas d'accord collectif sur les mesures de nature à éviter les licenciements, en limiter le nombre ou à favoriser le reclassement des salariés¹. La faculté de déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi dans le cadre d'un accord collectif a par la suite été vivement encouragée par la loi du 18 janvier 2005 dans le cadre des accords de méthode².

Toutefois, l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi ont profondément réformé les conditions dans lesquelles un accord collectif peut porter sur le plan de sauvegarde de l'emploi³. Ces textes offrent en effet pour la première fois aux employeurs qui projettent un grand licenciement collectif une alternative à l'application de la procédure légale d'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement et plan de sauvegarde de l'emploi. Les articles L. 1233-24-1 et suivants du Code du travail définissent les modalités de cette négociation (A), ainsi que les objets sur lesquels l'accord collectif peut porter, étant précisé qu'il doit *a minima* définir le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (B).

A - Les modalités de la négociation relative aux projets de grand licenciement collectif

¹ Loi n° 36-1320, du 30 déc. 1986, préc.

² Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, préc.

³ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 20 ; loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

252. *Champ d'application.* Seuls les projets de grand licenciement collectif, *id est* ceux qui concernent le prononcé d'au moins dix ruptures pour motif économique sur une même période de trente jours, envisagés dans une entreprise d'au moins cinquante salariés peuvent faire l'objet d'un accord collectif tel qu'encadré par les articles L. 1233-24-1 et suivants du Code du travail¹. Seules les entreprises dotées de délégués syndicaux peuvent ouvrir une telle négociation. En l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, l'employeur devra se conformer à la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise prévue par les articles L. 1233-28 et suivants du Code du travail ou, le cas échéant, à celle aménagée par un accord de méthode conclu en application des articles L. 1233-21 et suivants du Code du travail. La loi de sécurisation de l'emploi a maintenu la possibilité de conclure de tels accords dont l'objet est désormais strictement limité aux modalités d'information/consultation du comité d'entreprise². Si l'article L. 1233-24-1 du Code du travail ne vise que l'entreprise, il semble envisageable qu'un accord sur le plan de sauvegarde de l'emploi, les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise et les conditions de mise en œuvre des licenciements puisse être conclu au niveau d'une UES dès lors que le projet de grand licenciement collectif est envisagé à ce niveau. La conclusion d'un accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi et au projet de grand licenciement collectif ne peut en revanche intervenir au niveau du groupe ou d'un établissement, peu important que le projet de licenciement ne concerne qu'un établissement. C'est au niveau de l'entreprise que doit se dérouler la négociation de l'accord collectif³ dont le périmètre d'application pourra en revanche se limiter à l'établissement⁴.

253. *Moment de l'engagement de la négociation.* Ni la loi, ni l'ANI du 11 janvier 2013, ne précisent le moment auquel la négociation relative au projet de grand licenciement

¹ Il convient d'indiquer que seules les procédures de grand licenciement collectif engagées dans une entreprise d'au moins cinquante salariés à compter du 1^{er} juillet 2013, peuvent permettre à l'employeur d'ouvrir une telle négociation ; étant précisé qu'une procédure est réputée engagée à compter de la date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité d'entreprise mentionnée à l'article L. 1233-30 du Code du travail (Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 18-XXXIII). Nous développerons de manière plus approfondie le champ d'application de la procédure de grand licenciement collectif en détaillant notamment les ruptures prises en compte pour calculer si l'on est ou non en présence dans un grand licenciement collectif, les conditions d'appréciation des franchissements de seuil, etc. dans le cadre de nos développements relatifs au champ d'application de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur ces projets.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, fiche n° 1 ; sur cette instruction, V. JCP S 2013, act. 361.

⁴ L'accord pourra également limiter l'application des critères d'ordre du licenciement à l'établissement. Cela permettra de restreindre le bénéfice des dispositifs de départ volontaire ou de reclassement aux salariés dont l'emploi est directement menacé tout en ne risquant pas de violer le principe d'égalité de traitement.

collectif et au plan de sauvegarde de l'emploi qui doit l'accompagner doit être engagée¹. L'instruction DGEFP/DGT du 19 juillet 2013 apporte toutefois des précisions sur le moment où l'employeur peut décider d'ouvrir une telle négociation². Il s'agit en effet d'une faculté pour l'employeur qui peut toujours préférer recourir à la voie unilatérale pour établir le plan de sauvegarde de l'emploi et élaborer le projet de grand licenciement collectif à l'issue de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise³. Cette négociation doit être engagée à l'initiative de l'employeur au plus tôt lorsqu'il envisage un projet de grand licenciement collectif et au plus tard juste après la première réunion de consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement prévue à l'article L. 1233-30 du Code du travail.

L'employeur peut en effet décider d'inviter les organisations syndicales représentatives à négocier un accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi et au projet de licenciement collectif avant même d'avoir engagé la procédure d'information/consultation du comité sur ce projet. Néanmoins si un accord collectif peut être conclu sur le projet de licenciement collectif et aménager les modalités d'information/consultation des représentants du personnel sur ce projet, cet accord ne se substitue pas à la procédure consultative. L'employeur devra en tout état de cause informer et consulter le comité d'entreprise non seulement sur le projet de restructuration induisant les licenciements en application de l'article L. 2323-15 du Code du travail, mais également sur le projet d'accord collectif relatif au grand licenciement collectif et au plan de sauvegarde de l'emploi y afférent. Certes, l'article L. 1233-30 du Code du travail exclut la consultation du comité d'entreprise sur les éléments faisant l'objet d'un accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 dudit code. Cependant, dans la mesure où cet accord porte sur un objet relevant des attributions générales du comité relatives à la marche de l'entreprise, il devra être consulté en application de la jurisprudence *EDF* concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord⁴.

L'employeur peut donc décider d'engager une négociation relative au projet de grand licenciement collectif avant la première réunion du comité d'entreprise prévue par l'article L. 1233-30 du Code du travail, ce qui permettrait d'éviter de faire courir les délais préfix dans lesquels doit être menée la procédure d'information/consultation en cas d'échec des négociations. L'employeur est tenu d'informer l'Administration du travail sans délai de son

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc. ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

³ Art. L. 1233-24-4, C. trav.

⁴ Cass. soc., 5 mai 1998, préc. ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

intention d'ouvrir une négociation sur le plan de sauvegarde de l'emploi et le projet de licenciement collectif¹. Il est à noter que le fait d'ouvrir cette négociation avant d'avoir informé le comité d'entreprise du projet de licenciement ne saurait constituer un délit d'entrave².

S'il peut décider d'engager la négociation relative notamment au plan de sauvegarde de l'emploi en amont de la procédure consultative sur le projet de grand licenciement collectif, l'employeur peut également choisir de mener les deux en parallèle. Il doit alors informer le comité d'entreprise de son intention d'ouvrir cette négociation lors de sa première réunion prévue par l'article L. 1233-30 du Code du travail, faisant ainsi courir les délais de consultation prévus par cet article. L'Administration du travail doit pour sa part être informée de l'intention de l'employeur d'engager une négociation sur le plan de sauvegarde de l'emploi au plus tard le lendemain de son ouverture, dans le cadre de la notification du projet de grand licenciement collectif qui peut intervenir au plus tôt le lendemain de la première réunion du comité d'entreprise sur le projet de licenciement³.

Si l'employeur ne peut plus décider d'ouvrir une négociation sur le plan de sauvegarde de l'emploi une fois achevée la première réunion de consultation du comité sur le projet de licenciement, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent pour leur part à tout moment lui demander d'ouvrir une telle négociation, y compris en cours de procédure d'information/consultation du comité⁴. Toutefois, rien n'oblige l'employeur à donner suite à cette invitation à négocier. C'est en effet lui qui décide seul de l'opportunité de recourir à la voie négociée ou à la voie unilatérale pour élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi. La négociation n'est qu'une faculté pour l'employeur, non une obligation. En tout, état de cause, l'Administration du travail doit être informée de la décision de l'employeur d'accepter ou non l'invitation à négocier sur le plan de sauvegarde de l'emploi et le projet de licenciement collectif⁵.

254. Obligation de loyauté lors des négociations. Ni la loi, ni l'ANI du 11 janvier 2013, ne fournissent d'indication sur les informations que l'employeur doit donner aux syndicats lors de la négociation relative au projet de licenciement collectif et au plan de

¹ Art. L. 1233-24-1, C. trav., *in fine*.

² Art. L. 1233-46, C. trav.

³ Art. L. 1233-46, C. trav.

⁴ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, fiche n° 1, préc.

⁵ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

sauvegarde de l'emploi¹. Compte tenu de l'objet de l'accord, et de l'implication particulière des organisations syndicales dans la mise en œuvre du projet de compression d'effectifs, il est indispensable que celles-ci disposent de toutes les informations nécessaires à la défense de l'intérêt des salariés. Pour mémoire, le Conseil constitutionnel estime « *que le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* »².

De ce point de vue, il semble que les organisations syndicales doivent au moins bénéficier des informations relatives au projet de licenciement que l'employeur est tenu de fournir au comité d'entreprise ainsi qu'à l'Administration du travail. Il lui appartient vraisemblablement de porter à la connaissance des syndicats les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement, le nombre de licenciements envisagé, les catégories professionnelles concernées, les critères proposés pour l'ordre des licenciements, le calendrier prévisionnel des licenciements, les mesures de nature économique envisagées³ et surtout celles prévues dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité⁴.

En outre, les délégués syndicaux pourront puiser dans la base de données économiques et sociales prévue à l'article L. 2323-7-2 du Code du travail des renseignements utiles pour mener la négociation sur le projet de licenciement collectif⁵. Cette base, à laquelle ils ont un

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² Cons. const., déc. n° 93-328 DC, du 16 déc. 1993, JO du 21 déc. 1993, p. 17814.

³ Art. L. 1233-31, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-32, C. trav.

⁵ Art. L. 2323-7-2, C. trav. Cette base doit comporter des renseignements indispensables à la connaissance par les délégués syndicaux de la réalité de la situation de l'entreprise tels que des informations relatives à l'investissement social (évolution et répartition des contrats précaires, des stages et des emplois à temps partiel, formation professionnelle et conditions de travail), matériel et immatériel de l'entreprise, à ses fonds propres et à son endettement, à l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants, à la rémunération des financeurs, aux flux financiers à destination de l'entreprise (notamment aides publiques et crédits d'impôts) ou encore, le cas échéant, aux transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe. De surcroît, ces informations doivent porter sur les deux dernières années mais aussi intégrer les perspectives envisagées pour les trois années suivantes, offrant ainsi aux délégués syndicaux, outre un bilan de la gestion passée, une lisibilité sur l'avenir de l'entreprise propre à assurer la transparence indispensable pour qu'il soient mesure de décider de conclure ou non un accord relatif à un projet de grand licenciement collectif et au plan de sauvegarde de l'emploi qui doit l'accompagner, accord qui les rendra en partie responsables du prononcé de licenciements pour motif économique. La loi du 14 juin 2013 accorde aux entreprises un délai pour la mise en place de cette base de données : les entreprises d'au moins trois cents salariés ont ainsi jusqu'au 14 juin 2014 pour l'instaurer, et les structures plus petites jusqu'au 14 juin 2015 (Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 8, IV). Voir décret n°

accès permanent, devrait leur permettre de pouvoir analyser la situation de l'entreprise, les éventuelles difficultés qu'elle rencontre ou la menace qui pèse sur sa compétitivité¹. Dès lors, ils pourront envisager les modalités de mise en œuvre des licenciements tendant à préserver au mieux les intérêts des salariés et de l'entreprise et surtout déterminer les moyens que celle-ci est susceptible de mobiliser dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi. Ce n'est qu'à la stricte condition que les syndicats bénéficient de l'ensemble des informations indispensables pour appréhender la situation de l'entreprise que ces derniers pourront décider en toute connaissance de cause de conclure un accord collectif mettant en œuvre un grand licenciement collectif.

255. L'Administration du travail, « *garante du dialogue social* »², dispose non seulement d'un pouvoir d'observations mais aussi d'injonction permettant d'assurer la loyauté du dialogue entre employeur et organisations syndicales³. Ainsi, si ces dernières estiment que l'employeur ne leur fournit pas toutes les informations nécessaires à la transparence du dialogue social et à la loyauté de la négociation, elles peuvent saisir l'Administration du travail pour qu'elle enjoigne à l'employeur de leur transmettre les documents sollicités pour pouvoir négocier en toute connaissance de cause. Avant de s'adresser à l'autorité administrative, les syndicats doivent avoir réclamé à l'employeur un complément d'information. Ce n'est qu'en cas de refus de ce dernier qu'ils peuvent effectuer auprès de la DIRECCTE une demande d'injonction motivée. La demande doit expliquer la nature des renseignements demandés, les motifs invoqués par l'employeur pour refuser de les leur transmettre ainsi que les raisons pour lesquelles ces informations sont indispensables pour les

2013-1305 du 27 décembre 2013, relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise.

¹ Il convient d'indiquer que sous l'empire des dispositions légales antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi, la Cour de cassation a décidé que la validité de la mise en œuvre du procédé de grand licenciement collectif était indépendante de l'existence d'une cause économique réelle et sérieuse fondant les ruptures envisagées dans le cadre du projet de licenciement collectif (Cass. soc., 3 mai 2012, *Vivéo*, Bull. civ. V, n° 129 ; RDT 201, p. 608, note F. GEA ; Dr. soc. 2012, p. 600, note G. COUTURIER et p. 606 note E. DOCKÈS ; RJS 2012, p. 427, note J. PELISSIER ; JCP S 2012, 1241, note F. FAVENNEC-HERY). Il semble envisageable que l'Administration du travail, reprenne cette position, et décide qu'il ne lui appartient pas de vérifier si les ruptures envisagées dans le cadre de la procédure de grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins reposent sur un motif économique réel et sérieux ; auquel cas, même si les syndicats refusent de négocier sur le plan de sauvegarde de l'emploi parce que selon eux il n'y a pas de cause économique réelle et sérieuse qui justifie un tel projet, rien n'empêchera l'employeur de pouvoir recourir à la voie unilatérale pour élaborer son projet de licenciement collectif et le plan qui doit obligatoirement l'accompagner. Il conviendra d'attendre une prise de position de l'Administration du travail et du juge administratif sur cette question. Nous reviendrons ultérieurement de manière plus approfondie sur l'arrêt *Vivéo* et ses conséquences.

² E. WARGON et J.D. COMBEXELLE, art. préc.

³ Art. L. 1233-57-5, C. trav.

éclairer dans le cadre de la négociation¹. Dès lors qu'elle est conforme à l'ensemble des conditions précitées, la demande devra être traitée par l'Administration du travail dans les cinq jours de sa réception. Elle pourra ainsi adresser à l'employeur une lettre d'injonction de fournir aux organisations syndicales les éléments sollicités, en précisant le délai qui lui est accordé pour ce faire². Garante de la loyauté de la négociation, l'Administration du travail peut ainsi « *contribuer au besoin à la reprise d'un dialogue apaisé entre les parties* »³. Eu égard aux enjeux qu'implique cette négociation, il est essentiel qu'elle se déroule dans un climat de confiance et de transparence. Si avoir accès à l'information est à ce titre essentiel, être en mesure de la comprendre grâce à l'analyse d'un expert l'est au moins tout autant.

256. Possible assistance par un expert comptable. L'ANI du 11 janvier 2013 a envisagé la possibilité que les organisations syndicales soient assistées par un expert mandaté par le comité d'entreprise lors de la négociation d'un accord de maintien de l'emploi⁴. En revanche, aucune assistance de ce type n'était conventionnellement prévue dans le cadre de la négociation d'un accord relatif au projet de grand licenciement collectif et au plan de sauvegarde de l'emploi qui doit l'accompagner. La loi de sécurisation de l'emploi a remédié à cette lacune. L'article L. 1233-34 du Code du travail prévoit en effet désormais que le comité d'entreprise peut mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour mener la négociation⁵. La faculté de bénéficier de l'aide d'un expert-comptable lors de la négociation est donc subordonnée à l'existence d'une délibération en ce sens du comité d'entreprise prise lors d'une réunion de ce dernier.

Si l'employeur a décidé d'ouvrir la négociation relative au projet de grand licenciement collectif avant d'avoir engagé la procédure d'information/consultation du comité, et donc avant la première réunion prévue par l'article L. 1233-30 du Code du travail, une réunion « zéro » devra être organisée pour que le comité puisse désigner un expert-comptable, rémunéré par l'entreprise, pour assister les délégués syndicaux⁶. Cette réunion « zéro » ne saurait avoir pour effet de déclencher les délais préfix prévus par l'article L. 1233-

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

² Art. L. 1233-57-5, C. trav. ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

³ Instruction n° 2013-10 du 26 juin 2013, préc.

⁴ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 18

⁵ Lorsque l'entreprise est dotée d'un comité central d'entreprise, celui-ci peut désigner un expert-comptable dans les conditions des articles L. 1233-34 et L. 1233-35 du Code du travail. Si le comité central d'entreprise ne fait pas usage de cette faculté, le ou les comités d'établissement concernés par le projet de licenciement peuvent en désigner un. Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

⁶ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

30 du Code du travail dans lesquels le comité doit rendre ses avis. Par ailleurs, lorsque l'employeur fait part au comité de son intention de mener de front la négociation relative notamment au plan de sauvegarde de l'emploi et la procédure d'information/consultation relative au projet de restructuration et de licenciement collectif, c'est au cours de cette première réunion que le comité devra mandater un expert pour assister les organisations syndicales lors de la négociation. En cas d'échec de cette dernière, l'expert poursuivra sa mission auprès du comité. Enfin, si la négociation est ouverte en cours de procédure à la demande des organisations syndicales, il est probable que le comité aura déjà désigné un expert comptable pour l'assister lors de la procédure d'information/consultation et que ce dernier pourra également venir en aide aux délégués syndicaux dans le cadre de la négociation qui se déroulera en parallèle¹.

Le recours à l'expert-comptable pour aider les organisations syndicales à analyser les informations qui leurs sont fournies et la situation concrète de l'entreprise est de nature à permettre un dialogue social transparent et de qualité tendant à préserver aux mieux les intérêts des salariés, mais aussi de l'entreprise.

Dans le souci de « sécuriser » la procédure, et notamment d'assurer le respect des délais préfix dans lesquels doit se dérouler la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise, les échanges entre expert et employeur sont enserrés dans un calendrier strict. L'article L. 1233-35 du Code du travail encadre ainsi les délais accordés à l'expert pour solliciter la délivrance d'informations par l'employeur ainsi que ceux dans lesquels celui-ci doit répondre. Une période de trente-six jours maximum à compter de la désignation de l'expert est ainsi légalement fixée². L'expert doit rendre son rapport aux organisations syndicales au plus tard quinze jours avant la dernière réunion du comité d'entreprise, délais susceptibles d'être conventionnellement aménagés³.

Pour qu'un véritable dialogue social s'installe entre employeur et organisations syndicales afin d'aboutir à un accord portant sur un projet de grand licenciement collectif et le plan de

¹ L'article L. 2325-35 du Code du travail prévoit en outre que tout comité d'entreprise peut, s'il l'estime utile, se faire assister d'un expert-comptable de son choix. La désignation de l'expert-comptable pourra donc éventuellement s'inscrire dans ce cadre.

² L'article L. 1233-35 du Code du travail dispose en effet que « *L'expert désigné par le comité d'entreprise demande à l'employeur, au plus tard dans les dix jours à compter de sa désignation, toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission. L'employeur répond à cette demande dans les huit jours. Le cas échéant, l'expert demande, dans les dix jours, des informations complémentaires à l'employeur, qui répond à cette demande dans les huit jours à compter de la date à laquelle la demande de l'expert est formulée* ».

³ Soit par l'accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, soit par un accord de méthode conclu en application des articles L. 1233-21 et suivants du Code du travail.

sauvegarde de l'emploi qui doit obligatoirement l'accompagner, il est essentiel que les organisations syndicales disposent de l'ensemble des informations nécessaires à la compréhension de la situation de l'entreprise, aux raisons qui motivent la restructuration sur laquelle ils n'ont aucun droit de regard mais dont ils vont éventuellement devoir assumer une partie des conséquences en concluant un accord entraînant des licenciements pour motif économique... Le partage de la responsabilité du prononcé de licenciements pour motif économique n'est envisageable qu'à la stricte condition qu'il repose sur un partage réel de l'ensemble des informations nécessaires à la compréhension du projet de licenciement, à la connaissance par les syndicats des raisons qui le fondent, et des moyens susceptibles d'être mobilisés pour préserver au mieux la situation des salariés et de l'entreprise.

Si la transparence du dialogue social et la confiance entre partenaires sociaux ne se décrètent pas, elles semblent toutefois indispensables pour que soit conclu un accord en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, accord dont le contenu doit non seulement porter *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi soumis dans cette hypothèse à un contrôle restreint de l'Administration du travail, mais peut également déroger à diverses dispositions légales.

.B - L'objet de la négociation relative au projet de grand licenciement collectif

L'article L. 1233-24-1 du Code du travail prévoit que l'accord relatif au projet de grand licenciement collectif envisagé dans une entreprise employant au moins cinquante salariés « *peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (...) ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements* ». L'article L. 1233-24-2 du Code du travail vient préciser pour sa part que la négociation doit porter *a minima* sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et détaille les sujets sur lesquels les partenaires sociaux peuvent, s'ils le souhaitent, négocier ; tandis que l'article L.1233-24-3 du Code du travail délimite quant à lui la marge de liberté offerte aux partenaires sociaux dans le cadre de cette négociation en dressant la liste des dispositions légales auxquelles l'accord ne saurait déroger. Si l'employeur qui envisage de prononcer un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins décide d'ouvrir des négociations avec les délégués syndicaux sur le projet de licenciement, la négociation devra obligatoirement porter sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (1) et pourra

éventuellement aménager les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet (2), ainsi que les conditions de mise en œuvre des licenciements (3).

1 - Le contenu plan de sauvegarde de l'emploi, objet obligatoire d'une négociation facultative

257. Lorsque l'employeur décide d'emprunter la « voie négociée » pour élaborer le projet de licenciement, l'accord éventuellement conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail devra impérativement définir le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Si la lettre de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail est quelque peu équivoque puisqu'il dispose que l'accord « *peut porter* » sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, celle de l'article L. 1233-24-2 dudit code ne laisse place à aucun doute. Ce texte énonce en effet que « *L'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63* ». Or, non seulement le Conseil constitutionnel a affirmé que « *l'emploi du présent de l'indicatif [a] valeur impérative* »¹, mais surtout l'article L. 1233-24-2 du Code du travail poursuit en précisant que l'accord « *peut également porter* » sur les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements, mettant ainsi en exergue l'existence d'un objet obligatoire de négociation et d'objets facultatifs. De surcroît, cette analyse est confirmée par les deux instructions relatives au contrôle administratif des procédures de grand licenciement collectif. La première énonce que « *Lorsque l'entreprise décide d'ouvrir une négociation, celle-ci porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, qui en constitue le socle minimum* »². La seconde indique quant à elle que l'accord collectif porte « *a minima sur le plan de sauvegarde de l'emploi* »³.

Les partenaires sociaux sont donc tenus de négocier sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi dont la finalité première est d'éviter le prononcé de licenciements ou à tout le moins d'en réduire le nombre⁴. Il doit en outre comporter un plan de reclassement contenant des mesures de nature à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le licenciement ne peut être évité⁵. Les partenaires sociaux doivent donc prévoir des mesures

¹ Cons. const., déc. n° 2007-561 DC, du 17 janv. 2008, JO du 22 janv. 2008, p. 1131.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

³ Instruction n° 2013-10 du 26 juin 2013, préc.

⁴ Art. L. 1233-61, al. 1^{er}, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-61, al. 2, C. trav.

alternatives au prononcé de licenciements, mais aussi s'accorder sur les engagements de l'entreprise tendant à faciliter la reprise d'une activité professionnelle par les salariés dont le contrat sera immanquablement rompu, en portant une attention particulière à ceux dont la réinsertion sur le marché du travail s'annonce particulièrement difficile¹.

258. Contenu du plan de sauvegarde de l'emploi². L'article L. 1233-62 du Code du travail dresse un éventail des mesures susceptibles d'être prévues dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi³. Cette liste, qui n'est pas limitative, illustre l'hétérogénéité des mesures que les partenaires sociaux peuvent instaurer dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel. Bien sûr, l'accord n'est pas tenu de prévoir l'ensemble des dispositifs mentionnés par ce texte. Le plan de sauvegarde de l'emploi est donc appelé à contenir des dispositifs très divers dont l'objectif premier est de tendre à éviter, ou du moins à limiter, le prononcé de licenciements. Certains doivent ainsi permettre d'éviter les suppressions d'emploi qu'il s'agisse par exemple de mesures de réduction du temps de travail, de mobilité interne ou encore d'envisager de recourir à l'activité partielle. D'autres doivent tendre à éviter les licenciements alors que des emplois sont supprimés qu'il s'agisse de prévoir des départs volontaires, des mises à la retraite, le recours au travail à temps partiel, etc.

Surtout, les partenaires sociaux doivent impérativement prévoir un plan de reclassement s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi qui doit contenir des mesures de reclassement interne et externe. Lors de l'élaboration négociée du plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur doit rechercher des postes disponibles pour pouvoir les proposer aux

¹ Art. L. 1233-61, C. trav.

² Nous n'évoquerons ici que superficiellement les exigences relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi qui seront par la suite approfondies dans le cadre de nos développements relatifs à l'accompagnement des salariés menacés de licenciements pour motif économique.

³ L'article L. 1233-62 du Code du travail dispose ainsi que « *Le plan de sauvegarde de l'emploi prévoit des mesures telles que :*

1° Des actions en vue du reclassement interne des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure ;

2° Des créations d'activités nouvelles par l'entreprise ;

3° Des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi ;

4° Des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés ;

5° Des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents ;

6° Des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail ainsi que des mesures de réduction du volume des heures supplémentaires réalisées de manière régulière lorsque ce volume montre que l'organisation du travail de l'entreprise est établie sur la base d'une durée collective manifestement supérieure à trente-cinq heures hebdomadaires ou 1 600 heures par an et que sa réduction pourrait préserver tout ou partie des emplois dont la suppression est envisagée. ».

salariés menacés de licenciement. Cette obligation se distingue de l'obligation de reclassement préalable au prononcé de tout licenciement pour motif économique prévue à l'article L. 1233-4 du Code du travail. L'employeur est tenu de respecter ces deux obligations qui sont distinctes¹. À l'instar de l'obligation de reclassement de l'article L. 1233-4 du Code du travail, il appartient à l'employeur de rechercher, dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi, des postes disponibles au niveau du groupe dans les sociétés avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable², y compris dans les entreprises situées à l'étranger.

Par ailleurs, le plan élaboré lors de la négociation avec les organisations syndicales doit prévoir des dispositifs ayant vocation à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le licenciement ne peut être évité. Il peut s'agir de la mise en place d'une cellule de reclassement, d'actions tendant à développer l'employabilité des salariés telles que le bénéfice de mesures de formation, bilans de compétences, actions de validation des acquis de l'expérience ou encore d'aide à la création d'entreprise. Le plan conventionnel doit prévoir des mesures tendant véritablement au reclassement externe des salariés, c'est-à-dire des mesures ayant un réel effet positif sur l'emploi participant réellement à la sécurisation des parcours professionnels des salariés.

259. Il existe une hiérarchisation des mesures que les partenaires sociaux doivent *a priori* respecter lors de la négociation relative au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Ce dernier doit en premier lieu tenter d'éviter les ruptures en recherchant des reclassements, le cas échéant, à l'intérieur du groupe. Puis, faute de postes disponibles en nombre suffisant, il doit prévoir des dispositifs favorisant le reclassement des salariés hors du groupe en prévoyant des mesures de nature à développer l'employabilité des salariés et à les accompagner dans leur recherche d'emploi ou dans la création d'une entreprise. Ce n'est qu'en dernier lieu qu'il doit prévoir des mesures indemnitaires (comme des primes de départ) ou de sortie du marché du travail telles que des préretraites par exemple³. Outre le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et du plan de reclassement qu'il doit intégrer, les partenaires sociaux devront définir les modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures contenues dans le plan conventionnel⁴.

¹ Cass. soc., 22 fév. 1995, Bull. civ. V, n° 66 ; Dr. soc. 1995, p. 389, obs. J.-E. RAY.

² Cass. soc., 17 mai 1995, Bull. civ. V, n° 159 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 108 ; D. 1995, 436, note G. COUTURIER

³ Cass. soc., 11 oct. 2006, RJS 2006, p. 951, n° 1277

⁴ Art. L. 1233-63, C. trav.

260. Les organisations syndicales invitées à négocier sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi doivent s'assurer que ce dernier comporte de réels engagements de la part de l'employeur et non de simples déclarations d'intention ou des mesures vagues ou aléatoires. L'efficacité d'un plan de sauvegarde de l'emploi, et avec elle l'effectivité de l'obligation de reclassement, et du droit constitutionnel des salariés à l'emploi dont cette dernière découle¹ est subordonnée à la pertinence des mesures qu'il contient. Cela étant dit, l'administration sera également partie prenante dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi dont elle garante de la qualité. Certes, en présence d'un accord majoritaire, le contrôle de l'administration est un contrôle restreint, portant sur l'existence des mesures de reclassement et non sur la proportionnalité du contenu du plan aux moyens susceptibles d'être mobilisés par l'entreprise et non sur leur caractère suffisant. Mais tant que l'accord n'est pas définitivement et valablement conclu, il existe un risque pour que le projet devienne un engagement unilatéral de l'employeur. La DIRECCTE aura alors également intérêt à veiller à ce que les mesures contenues dans le plan soient d'emblée pertinentes et suffisantes au regard des moyens dont dispose l'entreprise, voire l'UES ou le groupe².

De ce point de vue, l'existence d'un plan de sauvegarde de l'emploi de qualité pourrait être imposée par les syndicats comme condition *sine qua non* non seulement de la conclusion de l'accord, mais également de la prévision par ce dernier d'une procédure d'information/consultation du comité d'entreprise dérogatoire, objet facultatif de la négociation prévue par l'article L. 1233-24-2 du Code du travail.

¹ Cons. const., n° 2044-509 DC, du 13 janv. 2005, JO du 19 janv. 2005, p. 896.

² Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi, l'article L. 1235-10 du Code du travail disposait que la validité du plan de sauvegarde de l'emploi devait être appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise, l'UES ou le groupe. Dans la mesure où désormais le contrôle des plans de sauvegarde de l'emploi est confié à l'Administration du travail et que celle-ci ne doit s'assurer de la proportionnalité du plan aux moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe qu'en présence d'un plan unilatéral à l'exclusion d'un plan conventionnel soumis seulement à un contrôle restreint, il est d'autant plus important que les organisations syndicales s'assurent lors de la négociation du plan que son contenu est proportionnel aux moyens susceptibles d'être mobilisés par l'entreprise, l'UES ou le groupe.

261. *Préexistence et survie des accords de méthode.* La faculté d'aménager conventionnellement la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur les projets de grand licenciement collectif envisagés dans les entreprises de cinquante salariés au moins préexistait à la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013¹. En effet, dès 2003, consacrant une pratique qui s'était développée dans certaines entreprises², le législateur a instauré, à titre expérimental, la possibilité d'aménager dans le cadre d'un accord collectif la procédure d'information/consultation des représentants du personnel en cas de grand licenciement collectif³. La faculté ainsi offerte en 2003 aux entreprises de conclure des accords de méthode s'inscrit dans la droite ligne du droit européen, et plus particulièrement des dispositions de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 qui autorise les États membres à confier aux partenaires sociaux le soin de définir par accord les modalités d'information et de consultation des travailleurs⁴. Forte du succès de l'expérimentation de ces accords, la loi du 18 janvier 2005 les a pérennisés, en apportant quelques modifications à leur régime juridique. Surtout, cette loi a considérablement élargi l'objet des accords de méthode qui, au-delà de la possibilité d'aménager la procédure d'information/consultation du comité, pouvaient également prévoir les modalités selon lesquelles le plan de sauvegarde de l'emploi pouvait faire l'objet d'un accord et anticiper sur son contenu. En sus, elle permettait également aux accords de méthode d'organiser des actions de mobilité professionnelle et géographique. L'accord de méthode se muait ainsi en quelque sorte en un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁵.

En réformant en profondeur le droit des grands licenciements collectifs prononcés dans une entreprise d'au moins cinquante salariés en offrant à l'employeur le choix entre la voie négociée et la voie unilatérale pour déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et les modalités de mise en œuvre des licenciements, la loi du 14 juin 2013 a considérablement restreint l'objet des accords de méthode. S'ils n'ont pas été supprimés, leur

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² A. TEISSIER, art. préc.

³ Loi n° 2003-6, du 3 janv. 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, JO du 4 janv. 2003, p. 255, art. 2.

⁴ Dir. n° 2002/14/CE, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, JOCE du 22 mars 2002, L 80/29, art. 5

⁵ Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, préc.

objet est désormais strictement limité à des aspects relatifs à la procédure. Dorénavant, ils peuvent seulement déroger aux dispositions légales relatives à la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise en cas de grand licenciement collectif afin de l'adapter aux particularités de l'entreprise et prévoir les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise peut faire des propositions alternatives au projet de l'employeur et obtenir une réponse sur ces propositions¹.

Dans la mesure où les accords de méthode ne peuvent plus porter que sur des aspects purement procéduraux, leur négociation et leur conclusion perd beaucoup de son intérêt². En effet, jusqu'à la loi du 14 juin 2013, on pouvait résumer « *l'équation de l'accord de méthode (...) de la façon suivante : en contrepartie d'une majoration des mesures de reclassement ou à caractère financier contenues dans le PSE ou en contrepartie d'engagements additionnels de l'employeur (période de gel des licenciements, étapes préalables de GPEC, « application » des mesures du PSE à tout licenciement pour motif économique intervenant dans une certaine période de temps...), les instances de représentation du personnel consentaient à définir un calendrier de procédure. D'une façon très schématique, les termes de l'échange étaient donc les suivants : « temps contre argent* »³. Puisque désormais, les syndicats ne pourront plus obtenir dans le cadre de la négociation d'un accord de méthode, censée se dérouler « à froid », l'amélioration des mesures sociales d'accompagnement en contrepartie d'allègements de la procédure d'information/consultation, il semble envisageable que peu d'accords de méthode soient à l'avenir conclus dans les entreprises employant au moins cinquante salariés. Les syndicats pourraient en effet préférer conclure un accord en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail dans lequel en contrepartie des aménagements procéduraux, il pourraient obtenir une enrichissement du plan de sauvegarde de l'emploi, une réduction du nombre de suppression d'emplois, etc. D'autant que l'accord conclu « à chaud » doit être majoritaire pour être valable⁴, ce qui leur confère d'autant plus de poids dans la négociation, même si celle-ci impose qu'ils assument une part de responsabilité dans le projet de licenciement collectif.

¹ Art. L. 1233-22, C. trav. Il convient d'indiquer que si les partenaires sociaux peuvent déroger à certaines dispositions légales, les possibilités de dérogation sont limitées à double titre: d'une part le champ de la dérogation est circonscrit par principe aux modalités et conditions d'information/consultation du comité d'entreprise ; et d'autre part l'article L. 1233-23 du Code du travail dresse la liste des dérogations strictement prohibées parmi lesquelles figurent notamment les principes généraux de l'information/consultation du comité, tels que le principe d'antériorité de la consultation par exemple. De même, un accord de méthode ne saurait déroger aux dispositions fixant le contenu des renseignements que l'employeur doit fournir au comité ou à la procédure de consultation du comité déjà allégée en cas de procédure collective.

² En ce sens, A. TEISSIER, art. préc. ; F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

³ A. TEISSIER, art. préc.

⁴ Art. L. 1233-24-1, C. trav.

262. Incertitudes relatives à l'articulation entre accord de méthode et accord relatif au projet de grand licenciement collectif. Si le législateur a maintenu la possibilité que soient conclus des accords de méthode, il n'a en revanche pas réglé le sort des accords conclus avant la réforme. Il n'a pas plus envisagé la question de l'articulation des accords de méthode conclus en application de l'article L. 1233-21 du Code du travail avec les accords susceptibles d'être conclus en application de l'article L. 1233-24-1 dudit code, ce qui ne devrait pas manquer de soulever un certain nombre de difficultés.

Pour ce qui concerne le sort des accords de méthode conclus avant la réforme, Jean-Marc GERMAIN précise dans le rapport remis à l'Assemblée nationale qu'« ils resteront applicables en ce qui concerne l'aménagement de la procédure d'information et de consultation, dans le respect des nouvelles dispositions prévues par la loi. Les mesures anticipant, le cas échéant, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi n'exonéreront pas l'entreprise d'élaborer un plan conformément à la nouvelle législation »¹. Les stipulations des accords de méthode relatives à la procédure d'information/consultation du comité restent donc en vigueur pour autant qu'elles soient conformes aux dispositions issues de la loi du 14 juin 2013. Elles pourraient donc entrer en concours avec celles d'un accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail aménageant cette procédure. L'articulation des deux accords n'est pas sans soulever quelques incertitudes².

Si l'accord de méthode antérieur a été conclu au niveau de la branche, et non de l'entreprise, les stipulations relatives à la procédure d'information/consultation du comité issues d'un accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du code du travail dans le cadre d'un grand projet de licenciement collectif devraient primer sur celle de l'accord de branche³. En effet, sauf disposition contraire de l'accord de branche, un accord d'entreprise peut en application de l'article L. 2253-3, alinéa 2, du Code du travail déroger aux accords conclus à un niveau supérieur à l'exception des quatre domaines visés à l'alinéa 1^{er} de ce texte. Or, les stipulations relatives à la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur les projets de grand licenciement collectif ne figurent parmi ces quatre domaines.

En revanche, en cas de concours entre un accord de méthode conclu dans l'entreprise et un accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail comportant

¹ J.-M. GERMAIN, rapp. AN, n° 847, préc., p. 347.

² En ce sens, G. COUTURIER, art. préc. ; F. FAVENNEC-HERY, art. préc. ; A. TEISSIER, art. préc.

³ A la condition que cet accord ait été conclu postérieurement à la loi du 4 mai 2004 relative au dialogue social ; loi n° 2004-391, du 4 mai 2004, préc.

des stipulations aménageant la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise, la question de leur articulation est bien plus épineuse. Appliquer le principe de faveur pour déterminer quelles stipulations sont les plus favorables aux salariés et doivent donc être appliquées ne semble avoir guère de sens en présence de dispositions relatives à la consultation du comité d'entreprise. Comment déterminer quel est l'aménagement « le plus favorable » aux salariés ? Il est possible que saisi d'une hypothèse de concours, les juges décident de faire primer l'accord conclu sur le fondement de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail sur l'accord de méthode, conformément au raisonnement adopté par la Cour de cassation dans l'arrêt *Compagnie générale de géophysique*¹. La Cour de cassation pourrait ainsi estimer que l'accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi qui aménage également la procédure d'information/consultation des représentants du personnel constitue en quelque sorte un accord donnant-donnant : « allègement de la procédure contre enrichissement du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ». Elle pourrait alors décider d'effectuer une comparaison globale entre les accords² qui devrait entraîner l'application des stipulations relatives à la procédure telles que déterminées dans l'accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail qui contient par définition des mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et favoriser le reclassement des salariés et serait donc globalement plus favorable que l'accord de méthode.

263. Eu égard à cette hypothétique application du principe de faveur en cas de conflit entre accord de méthode et accord relatif au projet de licenciement collectif et à celle portant sur l'articulation de ces accords, il semble préférable d'éviter une telle situation de concours. Du fait de l'exigence majoritaire qui préside à la conclusion des accords relatifs au projet de grand licenciement collectif et au plan de sauvegarde de l'emploi³, considérer que cet accord pourrait constituer un avenant de révision de l'accord de méthode, comme on a pu le suggérer⁴, semble inapproprié au regard des principes qui gouvernent la révision des accords collectifs⁵. Il peut en effet être relativement complexe d'arriver à combiner le fait qu'en application de l'article L. 2261-7 du Code du travail seules les organisations syndicales

¹ Cass. soc., 19 fév. 1997, *Compagnie générale de géophysique*, Bull. civ. V, n° 70 ; Dr. soc. 1997, p. 432, obs. G. COUTURIER, préc.

² Cass. soc., 19 fév. 1997, préc. ; Cass. soc., 3 mars 1999, Dr. soc. 1999, Dr. soc. 1999, p. 1101, obs. P. WAQUET. Sur la méthode de comparaison entre avantages, V. GADT, 4^{ème} éd. p. 827 et s.

³ Art. L. 1233-24-1, C. trav..

⁴ *Mémento social*, éd. Francis Lefebvre, 2013, n° 936.

⁵ Art. L. 2261-7 et L. 2261-8, C. trav.

signataires de l'accord de méthode ou y ayant adhéré sont habilitées à conclure un avenant de révision et exigence majoritaire de l'accord relatif au projet de licenciement collectif.

La solution qui apparaît comme la plus « simple » à mettre en œuvre et la plus appropriée nous semble être la dénonciation de l'accord de méthode par l'employeur. En effet, dès lors que ce dernier envisage un projet de grand licenciement collectif sur lequel il compte ouvrir une négociation relative notamment au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et à l'aménagement de la procédure de consultation du comité, il pourrait dénoncer l'accord de méthode antérieur. En application de l'article L. 2261-9 du Code du travail, ce dernier continuerait à s'appliquer pendant les trois mois de préavis, au cours desquels l'employeur pourrait engager avec les organisations syndicales la négociation relative au projet de licenciement collectif, au plan de sauvegarde de l'emploi et à l'aménagement de la procédure en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail. L'accord issu de cette négociation constituerait ainsi l'accord de substitution prévu à l'article L. 2261-10 du Code du travail mettant ainsi fin à l'application de l'accord de méthode. Seules les règles relatives à l'aménagement de la procédure telles que stipulées dans l'accord conclu sur le fondement de l'article L. 1233-24-1 dudit code trouveraient ainsi à s'appliquer.

264. *Aménagement conventionnel des modalités d'information/consultation du comité d'entreprise.* Lors de la négociation relative au projet de grand licenciement collectif et au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi qui doit l'accompagner, les partenaires sociaux peuvent décider d'aménager les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise sur ce projet. Cela pourrait cependant se révéler relativement complexe lorsque la négociation est menée de front avec la procédure d'information/consultation. En effet, si l'employeur décide d'ouvrir les négociations relatives au projet de licenciement collectif lors de la première réunion du comité d'entreprise, négocier sur les modalités de son information/consultation alors même que la procédure a commencé peut sembler relativement paradoxal¹. C'est pourquoi il semble préférable d'engager la négociation relative au projet de licenciement collectif et au plan de sauvegarde de l'emploi en amont de la procédure pour pouvoir l'aménager avant qu'elle n'ait débuté mais aussi pour offrir aux partenaires sociaux davantage de temps pour négocier. Toutefois, si la négociation de l'accord prévu à l'article L. 1233-24-1 du Code du travail est ouverte en parallèle de la procédure d'information/consultation, il semble que les partenaires sociaux pourront tout de même

¹ F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

aménager les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise et régler dans l'accord l'articulation entre la négociation et la procédure.

265. L'article L. 1233-24-2 du Code du travail autorise donc les partenaires sociaux à aménager les modalités d'information/consultation du comité sur le projet de grand licenciement collectif. Les parties peuvent ainsi prévoir un calendrier et un nombre de réunions du comité différent de celui instauré à l'article L. 1233-30 du Code du travail en instaurant par exemple la tenue d'une troisième réunion en cas de recours à un expert. De même, ils peuvent fixer un délai dans lequel le comité doit rendre ses avis différent, qu'il soit plus long ou plus court, de ceux prévus par cet article. Si l'accord aménage le délai laissé au comité pour rendre ses avis, ce délai sera, aux termes de l'article 20 de l'ANI du 11 janvier 2013, un délai préfix *id est* insusceptible de suspension ou de prorogation¹. Les parties peuvent également déterminer les conditions d'articulation entre la consultation du comité central d'entreprise et les comités d'établissements concernés par le projet, les conditions de recours à un expert, etc.

266. Si la loi offre la possibilité aux partenaires sociaux d'aménager les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise, leur liberté en ce domaine est encadrée puisqu'ils ne peuvent déroger à un certain nombre de dispositions légales, à l'instar des accords de méthode². Ainsi, l'article L. 1233-24-3 du Code du travail précise que l'accord collectif ne saurait contrevenir à l'obligation patronale de communiquer aux représentants du personnel l'ensemble des renseignements relatifs au projet de licenciement et aux mesures sociales d'accompagnement telle qu'elle résulte des articles L. 1233-31 à L. 1233-33 du Code du travail. De même, l'accord ne peut déroger aux règles générales d'information et de consultation du comité. L'accord ne saurait à ce titre remettre en cause le principe d'antériorité de la consultation du comité³, pas plus que le fait qu'il doit disposer d'informations précises et écrites transmises par l'employeur pour pouvoir formuler un avis motivé et d'une réponse motivée de ce dernier à ses propres observations⁴ ou encore le droit d'accès du comité à l'information utile détenue par les administrations publiques et les

¹ ANI, du 11 janv. 2013, préc., art. 20.

² Art. L. 1233-23, C. trav.

³ L'article L. 1233-24-3, 2°, du Code du travail dispose en effet que l'accord ne peut déroger à l'article L. 1233-2 du Code du travail selon lequel « *Les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité d'entreprise, sauf, en application de l'article L. 1233-25, avant le lancement d'une offre publique d'acquisition* ».

⁴ L'article L. 1233-24-3, 2°, du Code du travail dispose en effet que l'accord ne peut déroger à l'article L. 1233-4 du Code du travail.

organismes agissant pour leur compte¹. Enfin, l'accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail ne peut en aucun cas déroger à la procédure de consultation des représentants du personnel, déjà allégée, lorsque le projet de licenciement se déroule dans une entreprise soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire².

Si l'accord collectif relatif au plan de sauvegarde de l'emploi accompagnant obligatoirement un projet de grand licenciement collectif envisagé dans une entreprise de cinquante salariés au moins peut éventuellement aménager la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur ce projet, les partenaires sociaux peuvent également, s'ils le souhaitent, négocier sur les modalités de mise en œuvre des licenciements.

3 - La faculté de négocier sur les conditions de mise en œuvre des licenciements

267. Lors de la négociation relative à l'accord portant obligatoirement sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les partenaires sociaux peuvent déterminer les modalités de mise en œuvre des licenciements pour motif économique qui seront prononcés. Les parties peuvent ainsi fixer dans l'accord le calendrier des licenciements³, le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées⁴.

268. L'accord peut également porter sur la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5 du Code du travail⁵. Les partenaires sociaux peuvent ainsi choisir d'accorder plus ou moins de poids à certains des critères. Ils peuvent décider par exemple de privilégier le critère des charges de famille, ou l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, ou au contraire décider de favoriser le critère des qualités professionnelles appréciées par catégorie. Ils peuvent également accorder une attention toute particulière à la prise en compte du critère relatif à la

¹ L'article L. 1233-24-3, 2°, du Code du travail dispose en effet que l'accord ne peut déroger à l'article L. 2323-5 du Code du travail.

² L'article L. 1233-24-3, 5°, du Code du travail dispose en effet que l'accord ne peut déroger à l'article L. 1233-58 du Code du travail.

³ Art. L. 1233-24-2, 3°, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-24-2, 4°, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-24-2, 2°, C. trav.

situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés. S'ils sont autorisés à pondérer les critères visés à l'article L. 1233-5 du Code du travail, les partenaires sociaux ne semblent pas habilités en revanche à décider d'écarter totalement l'un d'entre eux dans le cadre de l'accord collectif conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail. Rien ne s'oppose en revanche à ce qu'ils choisissent d'ajouter d'autres critères, leur multiplication permettant d'ailleurs une pondération encore plus importante.

269. Si en principe le périmètre d'application des critères de l'ordre des licenciements est l'entreprise¹, l'article L. 1233-24-2, 2°, du Code du travail autorise les partenaires sociaux à déroger à ce principe. Ils peuvent prévoir par exemple que les critères ne seront appliqués qu'aux seuls salariés de l'établissement concerné par le projet de licenciement collectif, ou qu'aux seuls établissements implantés dans une région par exemple. La jurisprudence antérieure à la loi du 14 juin 2013 avait déjà admis la possibilité qu'un accord d'entreprise ou de niveau supérieur conclu selon le droit commun déroge au principe de l'application des critères de l'ordre des licenciements au niveau de l'entreprise². Une telle réduction du périmètre a notamment l'avantage de réserver le plan de licenciements au site concerné ce qui permet de protéger les salariés des autres sites, dont les emplois ne sont pas directement menacés et de restreindre le bénéfice de certaines mesures, et notamment des mesures de départs volontaires, aux seuls salariés du site visé par la restructuration.

270. Par ailleurs, l'article L. 1233-24-2, 5°, du Code du travail dispose que l'accord relatif au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi peut également porter sur « *Les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1* ». L'article L. 1233-24-3, 1°, dudit code, précise pour sa part que les partenaires sociaux ne peuvent déroger dans le cadre de cet accord « *à l'obligation d'effort de formation, d'adaptation et de reclassement incombant à l'employeur en application des articles [susvisés]* ».

¹ Cass. soc., 24 mars 1993, Bull. civ. V, n° 97 ; GADT, 4^{ème} éd. préc., n° 112.

² Cass. soc., 10 fév. 2010, RJS 4/2010, n° 321. L'article L. 1233-24-2 du Code du travail issu de la loi du 14 juin 2013 prévoit pour sa part qu'un accord *majoritaire* relatif au plan de sauvegarde de l'emploi peut adapter le périmètre d'application des critères de l'ordre des licenciements ; il semble toutefois qu'un accord d'entreprise conclu selon les conditions de majorité de droit commun devrait suffire pour moduler le périmètre d'application de l'ordre des licenciements (en dehors de toute stipulation sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi pour lequel l'exigence majoritaire ne saurait pour sa part être écartée).

La lecture combinée de ces deux articles crée une ambiguïté sur la marge de manœuvre dont disposent les partenaires sociaux pour négocier sur les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement. Il semble que ces derniers ne soient pas habilités à modifier le champ d'application de l'obligation de reclassement tel qu'il résulte des articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail. Si telle avait été l'intention du législateur, il aurait pris le soin de le préciser expressément comme il l'a fait en matière d'accords de mobilité interne à l'article L. 2242-23, *in fine*, du Code du travail¹. L'accord ne devrait donc pas pouvoir déroger à l'obligation pour l'employeur de rechercher d'éventuels postes de reclassement au niveau de l'entreprise dans son ensemble, voire, le cas échéant, au sein des sociétés du groupe avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable², y compris à l'étranger³.

On peut s'interroger sur la possibilité qu'un accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail institue, en application de l'article L. 1233-24-2, 5°, du Code du travail, des questionnaires préalables au reclassement. Ces questionnaires visent à permettre à l'employeur de circonscrire ses recherches de reclassement en fonction de la volonté exprimée par le salarié quant aux postes de reclassement qu'il serait susceptible d'accepter. De tels questionnaires sont à l'heure actuelle condamnés par la Cour de cassation⁴. Et à notre sens, les partenaires sociaux ne sont pas autorisés à en instaurer dans le cadre de l'accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi. Il convient toutefois d'attendre une prise de position claire de l'Administration du travail et du juge administratif sur cette question pour s'en assurer⁵.

271. Il semble que la faculté de négocier sur « *les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1* » permette en réalité aux partenaires sociaux essentiellement de prévoir la mise

¹ L'article L. 2242-23, *in fine*, du Code du travail dispose en effet que « *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne mentionnées au premier alinéa de l'article L. 2242-21, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1* ».

² Art. L. 1233-4, C. trav. ; Cass. soc., 25 juin 1992, Bull. civ. V, n° 420.

³ À condition que la législation locale n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers, et que le salarié ait accepté de recevoir des offres de reclassement hors de nos frontières, en précisant les éventuelles restrictions qu'il apporte aux recherches de l'employeur s'agissant des caractéristiques des emplois, notamment en termes de localisation et de rémunération, en application de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail.

⁴ À l'exclusion du reclassement à l'étranger objet de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail ; Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-16.486, inédit, JCP S 2011, comm. 145, F. TAQUET ; en ce sens, V. aussi, Cass. soc., 4 mars 2009, JCP E 2009, 1516, note S. BEAL.

⁵ Le contenu de l'accord est en effet soumis au contrôle de l'Administration du travail.

en œuvre des mesures de reclassement interne avant que la procédure de consultation du comité d'entreprise ne soit achevée. L'accord pourrait à cet égard autoriser l'employeur à proposer des mesures de reclassement « en cours de procédure » aux salariés menacés de licenciement ainsi que le bénéfice des actions de formation indispensables à leur adaptation aux postes de reclassement proposés. Un problème de « chronologie » pourrait en pratique se poser, dans la mesure où, en principe, les critères de l'ordre des licenciements sont appliqués à l'issue de la procédure d'information/consultation. Ce n'est donc « qu'à ce moment là » que seront connus les salariés menacés de licenciement auxquels doivent être proposées des offres de reclassement éventuellement accompagnées des mesures de formation indispensables à leur adaptation pour occuper les postes proposés¹.

Toutefois, dans la mesure où l'accord peut porter non seulement sur l'ordre des licenciements, sur les catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement mais aussi sur les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement², les partenaires sociaux devraient pouvoir déterminer dans l'accord l'articulation chronologique de l'application des critères de l'ordre des licenciements et la mise en œuvre de mesures de reclassement anticipées.

Pourrait ainsi être conventionnellement prévue une période de souscription volontaire préalable aux postes disponibles au reclassement que l'employeur aura identifiés dans l'entreprise ou au niveau du groupe dans les sociétés avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable³. Les salariés appartenant aux catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement pourraient ainsi postuler sur un ou plusieurs postes de reclassement préalablement identifiés et portés à leur connaissance selon les stipulations de l'accord. En parallèle, cet accord déterminerait également les modalités d'application des critères d'ordre des licenciements. Il pourrait éventuellement prévoir que le refus par les salariés des postes proposés au reclassement en cours de procédure constitue un des critères pris en compte. Cela permettrait alors à l'employeur de confirmer les offres de reclassement interne et les éventuelles mesures de formation ou d'adaptation accompagnant la proposition du poste de reclassement avant l'issue de la procédure.

¹ F. AKNIN, « Le licenciement collectif pour motif économique réformé par la loi du 14 juin 2013 – Un espace-temps strictement encadré, un pouvoir administratif renforcé », *Gaz. Pal.* 2013, n° 295, p. 13.

² Art. L. 1233-24-2, C. trav.

³ Cass. soc., 17 mai 1995, *Bull. civ.* V, n° 159 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 108 ; D. 1995, 436, note G. COUTURIER.

272. En tout état de cause, si l'accord prévoit la mise en œuvre anticipée des mesures de reclassement interne, le comité d'entreprise devra impérativement être consulté sur cette question au préalable. La possibilité de proposer des postes de reclassement interne avant l'issue de la procédure de consultation du comité est en effet subordonnée à l'avis favorable de ce dernier en application de l'article L. 1233-45-1 du Code du travail. On pourrait ainsi imaginer que l'accord prévoie une réunion du comité dédiée non seulement à son information et à sa consultation sur le contenu de l'accord en cours de négociation et à permettre à l'employeur de recueillir son avis pour pouvoir mettre en place les mesures de reclassement interne avant l'achèvement de la procédure de consultation.

273. Si l'accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail contient de surcroît des stipulations relatives à la mise en œuvre de l'obligation patronale de reclassement prévue aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 dudit code, il pourrait en résulter des difficultés en cas de contentieux relatif aux possibilités de reclassement. Il faudra alors déterminer ce qui relève de l'obligation « collective » de reclassement dans le cadre du plan et donc de la compétence du juge administratif, et ce qui relève de l'obligation « individuelle » de reclassement et donc du conseil de prud'hommes. En effet, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi relève désormais d'un contrôle administratif *a priori* dont la décision peut être contestée devant le juge administratif¹, tandis que le respect de l'obligation individuelle de reclassement relève toujours pour sa part de la compétence du conseil de prud'hommes.

En tout état de cause, l'accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail ne pourra déroger à l'obligation pour l'employeur de proposer aux salariés le bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle ou du congé de reclassement².

La loi du 14 juin 2013 encourage donc l'employeur à négocier avec les organisations syndicales sur l'ensemble du projet de grand licenciement collectif envisagé dans une entreprise de cinquante salariés au moins³. Il est toutefois libre de décider d'ouvrir ou non une telle négociation qui devra au minimum porter sur le contenu du plan de sauvegarde de

¹ Art. L. 1233-57-2, 3°, et L. 1235-7-1 C. trav.

² L'article L. 1233-24-3, 3°, du Code du travail dispose en effet que l'accord conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail ne peut déroger « *A l'obligation, pour l'employeur, de proposer aux salariés le contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L. 1233-65 ou le congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71* ».

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

l'emploi et, si les partenaires sociaux le souhaitent, sur les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise et les conditions de mise en œuvre des licenciements prononcés. L'accord issu de cette négociation peut donc déroger aux dispositions légales relatives à l'information/consultation du comité ou à la mise en œuvre des licenciements¹. De plus, les éléments du projet de licenciement sur lesquels porte l'accord ne donnent pas lieu à la consultation du comité prévue à l'article L. 1233-30 du Code du travail, mais seulement à une consultation sur le projet d'accord au cours de laquelle il ne peut faire des propositions de modification de ce dernier². Dès lors, il est essentiel qu'un tel accord trouve sa légitimité dans son caractère majoritaire.

§ 2 : La validité de l'accord subordonnée à sa légitimité

Les partenaires sociaux peuvent fixer par accord collectif l'ensemble des éléments relatifs à un projet de grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins, qu'il s'agisse du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, objet obligatoire de l'accord, des modalités d'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement ou des conditions de mise en œuvre des ruptures, Dérogeant à nombre de dispositions légales et privant, en partie, le comité d'entreprise de l'exercice de ses attributions consultatives en matière de grand licenciement collectif, un tel accord se doit d'être soumis à une exigence de légitimité. À ce titre, non seulement il ne peut être valable qu'à la condition d'être « majoritaire » (A), mais il se trouve de surcroît soumis à un contrôle administratif conditionnant son entrée en vigueur et le pouvoir de l'employeur de prononcer les licenciements pour motif économiques prévus par l'accord (B)³.

¹ Dans le respect des dispositions de l'article L. 1233-4-24-3 du Code du travail qui dresse la liste des dispositions auxquelles l'accord ne peut déroger.

² Il doit en effet être consulté au titre de sa compétence générale et de l'application de la jurisprudence *EDF* (Cass. soc. 5 mai 1998, préc.), comme le rappelle l'instruction DGEFP/DGT du 19 juillet 2013 qui précise également que le comité d'entreprise n'est pas compétent pour faire des propositions de modification de l'accord (Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.).

³ Nous n'évoquerons ici que superficiellement le contrôle administratif de l'accord, de la procédure et des conditions de validité des licenciements qui seront par la suite approfondis dans le cadre de nos développements relatifs au contrôle des licenciements collectifs et aux sanctions relatives à l'insuffisance du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

274. Une exigence majoritaire affaiblie. Si l'ANI du 11 janvier 2013 stipule que « *la procédure de licenciement collectif pour motif économique et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi [peuvent être] fixés (...) par un accord collectif signé par une ou plusieurs organisations ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés au 1^{er} tour des précédentes élections professionnelles (titulaires)* »¹, la loi de sécurisation de l'emploi n'a pas fidèlement retranscrit la volonté des partenaires sociaux². En effet, l'article L. 1233-24-1 du Code du travail dispose pour sa part que l'accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi accompagnant un projet de grand licenciement collectif doit être « *signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* ». La validité de l'accord relatif notamment au plan de sauvegarde de l'emploi est donc soumise à une exigence majoritaire affaiblie par rapport à celle prescrite par l'ANI du 11 janvier 2013.

En effet, la validité de l'accord n'est pas subordonnée à son caractère majoritaire au regard de l'ensemble des suffrages valablement exprimés au premier tour des élections professionnelles puisque ne sont pris en compte que les votes en faveur des organisations syndicales représentatives. Ceci réduit d'autant la base sur laquelle est calculée la majorité et avec elle la réalité du caractère majoritaire de l'accord. C'est certainement pour faciliter la conclusion d'accords sur le plan de sauvegarde de l'emploi que la loi de sécurisation de l'emploi se borne à exiger la conclusion d'un accord « faussement » majoritaire³. Néanmoins, cela contribue à l'affaiblissement de la légitimité de ces accords, ce qui est regrettable au regard des enjeux en cause.

Toutefois, l'accord sur le plan de grand licenciement collectif est soumis à une double « légitimation » puisqu'il doit de surcroît être validé par l'Administration du travail. Son contenu doit donc recevoir en quelque sorte l'onction des pouvoirs publics.

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 20.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ En ce sens, G. COUTURIER, art. préc.

275. Validation administrative de l'accord majoritaire relatif au projet de licenciement. Le contrôle administratif de l'accord majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi n'avait pas été envisagé par les partenaires sociaux dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2013¹. Un tel contrôle administratif n'était prévu par l'ANI qu'en cas d'élaboration unilatérale du plan par l'employeur à l'issue de la procédure de consultation du comité d'entreprise². Le contrôle administratif des projets de licenciements élaborés dans le cadre d'un accord majoritaire a été introduit par la loi du 14 juin 2013 afin que les pouvoirs publics puissent s'assurer de la légitimité de l'ensemble des grands licenciements collectifs projetés dans les entreprises d'au moins cinquante salariés. Le rôle de l'Administration du travail est ainsi résumé par le directeur général du travail : « L'État intervient dans le processus au nom d'une double légitimité : l'État garant du respect du dialogue social et l'État garant de la qualité des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi, compte tenu de ses responsabilités en matière d'emploi »³.

Ainsi, lorsqu'un accord majoritaire portant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et éventuellement sur les conditions de mise en œuvre des licenciements projetés et les modalités d'information/consultation des représentants du personnel a été conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, il doit être transmis à l'Administration du travail pour validation et plus particulièrement au directeur de la DIRECCTE⁴. Le décret du 27 juin 2013 précise aux articles D. 1233-4 et D. 1233-14-1 du code du travail les renseignements qui doivent être transmis à l'Administration pour que le dossier soit complet⁵. L'arrêté du 27 juin 2014 est à ce titre venu confirmer les dispositions de l'article 5 de ce décret fixant au 1^{er} juillet 2014 l'entrée en vigueur de l'obligation de transmettre par voie dématérialisée à la DIRECCTE la demande de validation du projet de licenciement et les renseignements afférents⁶.

¹ ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 20.

² ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 20.

³ E. WARGON et J.D. COMBREXELLE, art. préc.

⁴ Art. R. 1233-3-4, C. trav.

⁵ D. n° 2013-554, du 27 juin 2013, relatif à la procédure de licenciement collectif pour motif économique, JO du 28 juin 2013, p. 10725.

⁶ Il a également précisé que cette démarche devait être effectuée via le système d'information Si-homologation, dont l'adresse internet est <http://www.portail-pse.emploi.gouv.fr> ; Arrêté du 27 juin 2014, fixant la date d'entrée en vigueur des dispositions de l'article 5 du décret n° 2013-554 du 27 juin 2013 relatif à la procédure de licenciement collectif pour motif économique, JO du 3 juillet 2014, p. 10995.

276. Une fois le dossier complet adressé à l'Administration, celle-ci ne dispose que d'un délai de quinze jours pour se prononcer sur la conformité de l'accord aux dispositions des articles L. 1233-24-1 à L. 1233-24-3 du Code du travail¹, la régularité de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel ainsi que sur la conformité du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi aux exigences légales. Toutefois, l'administration est en réalité appelée tout au long de la négociation et de la procédure à intervenir pour garantir la qualité du dialogue social, de la procédure et du contenu du plan. L'instruction du 26 juin 2013 énonce ainsi que « *Pendant le déroulement de l'information-consultation, [l'Administration du travail est] un interlocuteur privilégié, facilitateur du dialogue social dans le respect des responsabilités et des prérogatives de chacun. À cet effet, [elle dispose] de deux leviers pour faciliter ce dialogue :*

- *des lettres d'observation et de proposition tout au long de la procédure sur sa régularité et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ;*
- *un pouvoir d'injonction envers l'employeur permettant de contribuer au besoin à la reprise d'un dialogue apaisé entre les parties. »*².

277. Le contrôle effectué par l'administration en présence d'un accord majoritaire relatif au plan de sauvegarde de l'emploi est en principe un contrôle restreint. Si l'autorité administrative doit vérifier que le plan comporte bien des mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et à favoriser le reclassement des salariés dont le licenciement est inéluctable³, elle n'a pas en revanche à contrôler la proportionnalité des mesures de reclassement au regard des moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe, à la différence du contrôle prévu en cas de plan élaboré unilatéralement par l'employeur⁴.

Si à l'issue du délai de quinze jours l'Administration ne s'est pas prononcée sur l'accord majoritaire relatif au plan de sauvegarde de l'emploi, celui-ci est réputé avoir été

¹ Art. L. 1233-57-2, C. trav. Afin de tenir compte de l'exigence de célérité induite par la situation relativement critique de l'entreprise en difficulté et la nécessité de respecter les délais conditionnant la prise en charge des créances salariales par l'AGS (art. L. 3253-8 C. trav.), les délais impartis à l'Administration pour se prononcer sur le projet de licenciement, et notamment sur le plan de sauvegarde de l'emploi, sont réduits en cas de procédure collective. Elle ne dispose ainsi que de huit jours en cas de redressement judiciaire et de quatre jours en cas de liquidation judiciaire pour se prononcer sur le projet de licenciement collectif et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi qu'ils soient fixés dans le cadre d'un accord majoritaire ou d'un document unilatéral élaboré par l'employeur en concertation avec les représentants du personnel (art. L. 1233-58, C. trav. ; nous développerons ultérieurement le contrôle spécifique dont sont l'objet les licenciements pour motif économique dans la cadre d'une procédure collective.)

² Instruction n° 2013-10, du 26 juin 2013, préc. ; sur le rôle de l'Administration du travail tout au long de la procédure de grand licenciement collectif.

³ Art. L. 1233-61, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-57-3, C. trav.

validé¹. En dépit de la brièveté du délai accordé à l'Administration pour contrôler l'accord l'Administration du travail « suit » le dossier dès le départ grâce à la communication des informations relatives au projet et à ses pouvoirs d'injonction², d'observation et de suggestion sur le déroulé de la procédure ou le contenu du plan, ce qui lui permet de préparer sa « décision finale ». Il est à ce titre intéressant de constater que lors des neuf premiers mois d'application de la loi de sécurisation de l'emploi quasiment 100 % des décisions relatives à un projet de grand licenciement collectif dans une entreprise *in bonis* ont été rendues explicitement par l'Administration du travail, contre 95 % s'agissant des décisions relatives à des projets menés dans des entreprises soumises à une procédure collective³, hypothèse dans laquelle les délais d'instruction de la demande sont beaucoup plus courts⁴.

278. En cas de refus de validation, l'employeur qui souhaite maintenir son projet de grand licenciement collectif devra rouvrir une négociation afin de modifier l'accord ou de conclure un avenant. Il devra alors tenir compte des motifs du refus de validation et consulter à nouveau le comité d'entreprise avant de présenter à l'Administration du travail une nouvelle demande de validation de l'accord ainsi modifié⁵. En effet, si dans le délai de quinze jours, l'Administration notifie à l'employeur une décision de refus de validation de l'accord, celui-ci ne peut, à peine de nullité ou d'irrégularité, prononcer les licenciements⁶.

279. La réforme du droit des grands licenciements collectifs projetés dans une entreprise de cinquante salariés au moins issue de la loi du sécurisation de l'emploi⁷, reprenant plus ou moins fidèlement les stipulations de l'ANI du 11 janvier 2013⁸, encourage vivement l'ouverture d'une négociation collective dans l'entreprise sur ces projets. Employeur et organisations syndicales sont ainsi invités à conclure un accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi qui doit, à peine de nullité des ruptures, obligatoirement accompagner de tels projets. Appelé à déroger à certaines dispositions légales et à « mettre à

¹ Art. L. 1233-57-4, C. trav.

² Art. L. 1233-57-5, C. trav.

³ E. WARGON, « Dialogue social et PSE dans le cadre de la loi relative à la sécurisation de l'emploi », JCP S 2014, 1190.

⁴ Ils sont réduits à quatre ou huit jours selon la procédure, art. L. 1233-58, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

⁶ Art. L. 1233-39 et L. 1235-10, C. trav. Dans le cadre d'une procédure collective, si l'employeur notifie les licenciements en dépit du refus de validation du plan par l'Administration, les licenciements seront simplement irréguliers, art. L. 1233-58, C. trav.

⁷ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁸ ANI du 11 janv. 2013 préc.,

l'écart » dans une certaine mesure le comité d'entreprise de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi et du projet de licenciement collectif, cet accord se doit d'être revêtu d'une réelle légitimité, d'autant plus qu'il induit le prononcé de licenciements¹.

280. La légitimité de l'accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi et éventuellement aux modalités d'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement et les conditions de mise en œuvre des ruptures est essentiellement assurée par l'exigence « majoritaire » de l'accord. Si l'employeur veut pouvoir bénéficier d'un contrôle restreint du plan, déroger aux modalités de consultation du comité, etc., il devra obtenir la signature des syndicats majoritaires et sera ainsi tenu de prendre en compte leur suggestions et leurs propositions alternatives aux licenciements, de faire des compromis, etc.

De ce point de vue, si elles sont invitées à négocier sur le projet de licenciement collectif, les organisations syndicales disposent dans une certaine mesure d'un réel pouvoir de d'influence sur le contenu du projet, là où en cas de recours à la voie unilatérale les représentants du personnel n'ont que le droit d'émettre un avis sur ce dernier, avis qu'y n'oblige en rien l'employeur à l'amender. À l'inverse, s'il veut obtenir la signature des organisations majoritaires pour pouvoir bénéficier d'un contrôle administratif restreint du plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur va devoir faire des concessions en fonction des propositions syndicales : réduire le nombre de suppressions d'emploi, envisager des alternatives sérieuses aux licenciements, mobiliser tous les moyens à sa disposition, et notamment solliciter l'aide éventuelle du groupe auquel l'entreprise appartient le cas échéant, pour enrichir le plan de sauvegarde de l'emploi de mesures pertinentes et suffisantes.

Au final, les organisations syndicales sont appelées à essayer d'améliorer un projet de licenciement collectif en tentant d'assurer au mieux la défense et la prise en compte des intérêts des salariés dans l'élaboration du projet. Si elles disposent d'un semblant de pouvoir décisionnel sur le projet de licenciement, ces dernières n'ont aucun droit de regard sur la restructuration dont découle le projet de licenciement. La décision de restructuration relève de la seule direction de l'entreprise. D'ailleurs, les syndicats n'ont pas plus de droit de regard sur la gestion de l'entreprise et sur sa stratégie antérieures qui ont pu conduire l'entreprise dans une situation nécessitant une compression d'effectifs. L'heure de la cogestion n'est pas encore venue. On pourrait ainsi, avec un brin de cynisme, voir dans la négociation relative au projet de grand licenciement collectif et au plan de sauvegarde de l'emploi, la simple recherche par

¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 5.

l'employeur d'une caution syndicale sur un projet de restructuration induisant un grand licenciement collectif, projet dont les modalités sont en réalité déjà arrêtées unilatéralement par la direction de l'entreprise voire du groupe. À l'inverse, il est possible de voir dans cette voie concertée le moyen pour les syndicats d'obtenir de meilleures mesures d'accompagnement pour un projet qui aurait de toute façon abouti, avec ou sans leur implication. Quoiqu'il en soit, il reste que le projet ne peut se concrétiser sans l'aval de l'Administration.

281. Le législateur a décidé que l'accord sur un projet de grand licenciement collectif devait être soumis à un contrôle de l'Administration du travail qui doit valider l'accord. Cette validation passe évidemment par la vérification du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mais également par le fait de s'assurer du bon déroulement de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel et de l'indispensable loyauté qui doit régner lors de cette négociation aux enjeux considérables. L'employeur a toujours le choix de décider d'ouvrir une négociation sur le plan de sauvegarde de l'emploi ou de passer par « la voie unilatérale » impliquant l'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement et le plan qui doit l'accompagner. Si la voie négociée présente en théorie l'avantage d'un contrôle restreint, il n'est pas certain qu'en pratique le DIRECCTE contrôle différemment les deux types de plan¹.

282. Compte tenu des enjeux multiples d'une négociation sur un projet de grand licenciement économique, il est essentiel que cette négociation se déroule loyalement, ce dont l'Administration du travail est censée être le garant². De ce point de vue, le législateur encourage la négociation parce qu'il estime que le dialogue social est un vecteur d'apaisement dans un contexte social forcément tendu par l'annonce d'une restructuration destructrice d'emplois.

Cependant, cette négociation qui peut entraîner un partage de responsabilité dans le prononcé de licenciements pour motif économique, implique un important changement de mentalité chez les partenaires sociaux, changement de mentalité qu'aucune loi n'est à même d'instaurer à elle seule... Ce changement de mentalités, clef de voûte du succès de la

¹ Il n'est d'ailleurs pas inintéressant de noter que les statistiques fournies par la DARES ne distinguent pas selon que le PSE fait l'objet d'un accord validé ou d'un plan homologué : <http://travail-emploi.gouv.fr/etudes-recherches-statistiques-de,76/statistiques,78/chomage,79/les-dispositifs-publics-d,2472/les-dispositifs-publics-d,13674.html>.

² E. WARGON et J.-D. COMBEXELLE, art. préc.

négociation relative aux projets de grand licenciement collectif, repose sur deux piliers relativement fragiles à l'heure actuelle. D'une part, une telle négociation est conditionnée par l'existence d'un échange loyal et transparent qui implique un réel partage de l'ensemble des informations économiques et sociales sur la situation de l'entreprise et les perspectives stratégiques de la mise en œuvre de la restructuration destructrice d'emplois. Or, le partage de l'information ne fait pas réellement partie des réflexes naturels des employeurs. D'autre part, cette négociation suppose que les organisations syndicales acceptent « d'endosser » une part de responsabilité dans le prononcé de licenciements pour motif économique et d'être directement impliquées dans la gestion de l'emploi en temps de crise ce qui n'est pas caractéristique d'une tendance syndicale spontanée.

Toutefois, il semble que le changement de mentalité s'opère dans une certaine mesure. Entre le 1^{er} juillet 2013 et le mois d'octobre 2013, dans les entreprises *in bonis* de cinquante salariés au moins dans lesquelles est ou a été envisagé un projet de grand licenciement collectif, les trois-quarts des projets ont donné lieu à l'ouverture d'une négociation sur le plan de sauvegarde de l'emploi et le projet de licenciement¹, signe que les mentalités peuvent évoluer...

¹ E. WARGON et J.-D. COMBEXELLE, art. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE

283. À défaut d'emprise sur les projets de restructuration librement décidés par la direction de l'entreprise à laquelle il ne peut imposer, lorsqu'elle est *in bonis*, de prendre en compte la nécessité de préserver l'emploi au titre des objectifs assignés à l'opération le droit social encourage le développement d'un dialogue social « à chaud » lorsque l'entreprise se trouve dans une situation de crise.

La promotion de cette négociation collective lorsque l'entreprise doit faire face à de graves difficultés économiques, s'inscrit dans la logique de procéduralisation et de décentralisation de la création des normes travaillistes. Les partenaires sociaux paraissent les mieux placés pour gérer ces situations de crise en mettant en place des dispositifs innovants, correspondant aux spécificités de l'entreprise. Ils décident conjointement, dans le cadre d'un dialogue censé être transparent, des mesures les plus appropriées pour permettre non seulement à l'entreprise de faire face aux difficultés qu'elle connaît mais aussi pour favoriser la prise en compte des intérêts des salariés et la nécessité de préserver l'emploi.

284. À ce titre ont donc été instaurés les accords de maintien de l'emploi dont l'objectif affiché est d'éviter la mise en œuvre d'une restructuration en accordant à l'entreprise la flexibilité dont elle a besoin pour faire face à de graves difficultés économiques conjoncturelles. Cet objectif serait atteint grâce à la mise en œuvre de mesures d'aménagement de la durée du travail et/ou de la rémunération des salariés, en contrepartie d'un engagement de garantie d'emploi pendant la durée d'application de l'accord. Illustration topique de la logique de flexisécurité, les accords de maintien de l'emploi sont donc censés sécuriser l'emploi en évitant le prononcé de licenciements pour motif économique, et offrir à l'entreprise davantage de flexibilité pour surmonter la grave crise conjoncturelle qu'elle connaît. Alors que l'employeur brandit la menace du prononcé de licenciements pour motif économique, condition de l'ouverture d'une telle négociation, les organisations syndicales sont donc appelées à négocier sur fond de chantage à l'emploi et à conclure (ou non) un accord qui non seulement réduit les droits contractuels des salariés sans réellement garantir de

manière absolue le maintien de leur emploi, mais qui peut également se traduire par le prononcé immédiat des licenciements pour motif économique dérogatoires des salariés qui s'opposeraient à l'application de l'accord... Censés éviter la mise en place d'une restructuration destructrice d'emplois, les accords de maintien de l'emploi conclus « à chaud » peuvent donc en réalité se traduire par le prononcé immédiat de nombreux licenciements pour motif économique échappant *a priori* à l'application du droit des licenciements collectifs.

Certes, l'aménagement temporaire de la durée du travail, de sa répartition ou de la rémunération des salariés négocié avec les organisations syndicales peut permettre à l'entreprise de faire face à la situation économique alarmante dans laquelle elle se trouve, tout en garantissant le maintien de l'emploi. Néanmoins, seule semble être réellement assurée la flexibilisation des conditions d'emploi des salariés et non la sécurisation de leur emploi, qui pour sa part semble bien plus précaire...

Les organisations syndicales sont ainsi amenées dans un contexte de crise à devoir assumer une part de responsabilité dans la gestion de l'emploi et la détermination des conditions de travail et/ou de la rémunération des salariés. Elles se trouvent donc dans une situation relativement délicate puisqu'elles n'ont pas participé aux décisions antérieures relatives à la gestion de l'entreprise, pas plus qu'aux choix effectués par la direction en termes d'investissement (ou de désinvestissement), de développement ou d'abandon de certaines activités, etc. Pourtant, elles doivent en quelque sorte assumer les conséquences de ces décisions qui ont pu conduire aux graves difficultés économiques conjoncturelles de l'entreprise.

285. Non seulement le législateur encourage le dialogue social « à chaud » pour essayer d'éviter une restructuration destructrice d'emplois, mais de surcroît il promeut la négociation collective sur les grands projets de licenciements collectifs. L'employeur qui envisage un tel projet peut désormais choisir. Soit il élabore unilatéralement le plan de sauvegarde de l'emploi, obligatoire dans une telle hypothèse, et les modalités de mise en œuvre des ruptures, après avoir consulté les représentants du personnel selon une procédure « sécurisée » par l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi. Soit il décide de négocier avec les organisations syndicales sur le plan de sauvegarde de l'emploi accompagnant le projet de licenciement, et éventuellement les modalités

d'information/consultation du comité d'entreprise et les conditions de mise en œuvre des ruptures.

286. Dans le contexte social tendu qu'implique l'annonce d'un projet de grand licenciement collectif, le dialogue social vecteur d'apaisement semble par essence plus consensuel que la logique d'affrontement dans laquelle peuvent se trouver employeur et représentants des salariés. Ces derniers savent que s'ils peuvent émettre un avis sur le projet et faire des propositions alternatives, rien n'oblige l'employeur à les suivre. Outre son aspect consensuel apaisant, la négociation sur le projet de licenciement présente pour l'employeur l'intérêt de pouvoir déroger à certaines dispositions légales relatives à la procédure d'information/consultation des représentants du personnel. Cet accord hautement dérogatoire et au contenu spécifique nécessitait un surcroît de légitimité. Celui-ci est d'abord assuré par une exigence majoritaire. L'accord doit être signé par des syndicats ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des organisations représentatives lors des dernières élections professionnelles dans l'entreprise. Il est également assuré par la validation de l'accord par le DIRECCTE qui contrôle notamment le contenu du plan de reclassement.

La négociation du projet de grand licenciement économique permet aux organisations syndicales de tenter d'obtenir un réel enrichissement du plan de sauvegarde de l'emploi, la mise en place de mesures tendant à réduire le nombre des licenciements projetés et à assurer aux salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu le bénéfice de mesures tendant à développer leur employabilité et à les placer dans la meilleure situation possible pour pouvoir retrouver au plus vite une activité professionnelle.

Toutefois, à l'instar des accords de maintien de l'emploi, les accords sur le plan de sauvegarde de l'emploi ne permettent en rien aux organisations syndicales d'avoir un droit de regard sur les décisions de restructurations dont découle le projet de licenciement, pas plus que sur la gestion antérieure de l'entreprise et les choix stratégiques qui ont été arrêtés unilatéralement par la direction de l'entreprise, voire du groupe.

Si la négociation collective « à chaud » dans l'entreprise en crise est encouragée, les organisations syndicales sont appelées à partager d'une certaine manière la responsabilité de licenciements qui découlent de décisions sur lesquelles elles n'ont aucune emprise...

CONCLUSION TITRE

287. La loi de sécurisation de l'emploi, retranscrivant plus ou moins fidèlement les stipulations de l'ANI du 11 janvier 2013, encourage vivement le développement du dialogue social afin de limiter le coût social des restructurations qu'il s'agisse de négocier en dehors de tout projet de restauration afin d'anticiper les répercussions sur l'emploi des orientations stratégiques de l'entreprise et des mutations économique ou de favoriser la mobilité du personnel pour offrir davantage de flexibilité à l'entreprise dans la gestion du facteur du travail ou de faire face à une situation de crise en concluant un accord de maintien de l'emploi ou un accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi.

288. La procéduralisation du droit et la décentralisation de la création des normes est présentée comme le remède le plus efficace à l'impuissance du droit social face aux restructurations, en permettant aux partenaires sociaux au niveau de l'entreprise d'imaginer les solutions les mieux adaptées aux besoins et aux problèmes spécifiques à l'entreprise. La promotion de la négociation collective « à chaud » comme « à froid » autour des restructurations, tout comme la procéduralisation du droit en général implique une transparence du dialogue social et une confiance entre partenaires sociaux seules à même d'accorder une réelle valeur, un véritable crédit à l'accord issu de cette négociation. Or, ni la transparence du dialogue, ni la confiance entre directions d'entreprise et organisations syndicales ne se décrètent légalement... Les directions d'entreprises vont devoir apprendre à partager avec les syndicats des informations économiques, financières et surtout stratégiques ce qui ne participe pas d'un penchant naturel chez elles... Quant aux organisations syndicales elles vont devoir accepter d'assumer une part de responsabilité dans la gestion de l'emploi, alors même qu'elles n'ont aucun droit de regard sur la gestion de l'entreprise. Concrètement, cela signifie pour elles accepter de conclure des accords qui permettent de déroger *in pejus* aux droits contractuels des salariés, des accords qui « écrasent » le contrat de travail, voire, qui sous couvert de tenter d'éviter une restructuration destructrice d'emplois ou de mettre en œuvre des mesures collectives d'organisation courantes sans réduction d'effectifs, vont entraîner le prononcé de licenciements pour motif économique dérogeant au droit commun...

Là encore, cela ne semble guère correspondre au positionnement traditionnel de nombre de syndicats.

De ce point de vue, la promotion de la négociation collective en matière de restructurations, tout comme la procéduralisation et la décentralisation du droit du travail transforment l'essence même de la négociation collective. Certes, celle-ci a toujours eu une fonction de gestion et d'organisation. Toutefois, « il ne faut pas perdre de vue que le collectif s'est développé, en droit français, pour assurer une meilleure protection des droits individuels des salariés. Son rôle est protecteur. Il ne doit pas changer de nature et devenir un moyen d'étouffer les droits individuels »¹. Or, la conclusion d'accords de maintien de l'emploi ou de mobilité interne remet en cause les droits contractuels des salariés, qui, s'ils s'y opposent, feront l'objet d'un licenciement pour motif économique dérogatoire.

289. De ce point de vue l'encouragement à la négociation collective autour des restructurations par la loi de sécurisation de l'emploi cache en réalité une profonde réforme du droit du licenciement pour motif économique², à côté de la réforme affichée des grands licenciements collectifs. Aujourd'hui, deux types de réorganisations qui ne sont pas soumises au même régime juridique coexistent dans le Code du travail sans aucune réelle justification à cette différence de traitement. D'un côté existent les restructurations tenant en des « propositions de mobilité conventionnelles » dans le cadre de mesures d'organisation courantes prévues par un accord de mobilité interne ou des « propositions d'aménagement de la durée du travail ou de la rémunération » prévues dans un accord de maintien de l'emploi pour faire face à de graves difficultés économiques qui, si elles sont refusées par un ou plusieurs salariés, donneront lieu à leur licenciement reposant sur un motif *sui generis* et échappant *a priori* aux garanties offertes par le droit du licenciement collectif. De l'autre côté, existent les restructurations se traduisant par des propositions de modification du contrat de travail pour un motif non inhérent à la personne du salarié tel que défini à l'article L. 1233-3 du Code du travail, qui si elles sont refusées par un ou plusieurs salariés, donneront lieu au prononcé de leur licenciement selon le droit commun du licenciement pour motif économique, et le cas échéant imposeront à l'employeur de respecter le droit des licenciements collectifs...

¹ J. PELISSIER et F. FAVENNEC-HERY « L'interaction entre l'individuel et le collectif », SSL n° 1508, p. 81

² A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation - Une réforme peut en cacher une autre », RDT 2013, p. 184.

290. L'encouragement de la négociation autour des restructurations et particulièrement l'instauration des accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne réforme donc sans le dire le droit du licenciement pour motif économique qui s'en trouve ainsi profondément déséquilibré. La possibilité de négocier des accords de mobilité interne et de maintien de l'emploi est certes offerte à toutes les entreprises, mais en pratique elle s'adresse aux grandes entreprises, à celles qui appartiennent à de « grands groupes rompus au dialogue social et ayant des moyens financiers suffisants pour se restructurer dans l'ombre de la loi »¹.

Par ailleurs, si l'emploi est un objet de négociation la nécessité de le préserver n'est pas imposé au titre des paramètres que la direction d'une entreprise *in bonis* doit impérativement prendre en compte lorsqu'elle arrête un choix de gestion ou une décision de restructuration ce qui réduit à néant la capacité du droit social à réellement limiter le coût social des restructurations.

Pour pallier son impuissance face aux décisions de restructuration, le droit social a traditionnellement encadré les projets de licenciement pour motif économique susceptibles d'intégrer le processus décisionnel relatif à la restructuration et exigé que ces ruptures soient justifiées et soumises à une sorte de contrôle de légitimité. Cependant, la loi de sécurisation de l'emploi participe à l'éclatement du droit du licenciement pour motif économique. Elle aggrave la fracture entre les entreprises qui n'auront d'autre choix que se soumettre au droit commun du licenciement pour motif économique lorsqu'elles envisagent une restructuration, et celles qui pourront « fabriquer » grâce à la négociation collective leur propre droit²...

¹ A. FABRE, art. préc.

² A. FABRE, art. préc.

TITRE II : LA DÉCISION DE LICENCIER POUR UN MOTIF ÉCONOMIQUE SOUMISE À UNE EXIGENCE DE LÉGITIMITÉ

291. Les dirigeants d'une entreprise sont libres de décider de mettre en œuvre une restructuration et de choisir la forme de celle-ci sans que le droit social n'ait la moindre autorité sur le processus décisionnel. Il ne remet en cause ni la nécessité de procéder à une restructuration, ni les modalités de cette opération librement déterminées par la direction de l'entreprise. Les dirigeants de l'entreprise sont ainsi les seuls juges non seulement de l'impérativité d'adapter les structures de l'entreprise afin d'assurer sa survie, sa compétitivité et la croissance de son activité économique, mais aussi de la forme de restructuration la mieux adaptée au contexte économique dans lequel l'entreprise évolue¹. La liberté d'entreprendre et son corollaire, la liberté d'organisation, garantissent ainsi aux dirigeants de l'entreprise le pouvoir de décider de modifier les structures de l'entreprise et de déterminer la forme de l'opération de restructuration : fusion, scission, filialisation, apport partiel d'actifs, fermeture d'un site, développement d'activités, externalisation d'activités annexes, implantation de sites de production au plus près des consommateurs, délocalisation dans des pays où les coûts de production sont moindres, etc.

Les décisions de restructuration et leurs modalités de mise en œuvre relèvent dès lors d'un choix opéré par la seule direction de l'entreprise, voire du groupe, au nom de la liberté d'entreprendre sur le fondement de considérations économiques, financières ou entrepreneuriales qui échappent également au droit social impuissant à imposer la sauvegarde de l'emploi au titre des variables à prendre en compte lorsqu'est arrêté un projet de restructuration. Toutefois, s'il n'a d'emprise ni sur la décision même de procéder à une restructuration, ni sur les modalités de l'opération ou sur les mécanismes juridiques qui en

¹ En ce sens, C. MASQUEFA, th. préc., p. 194 et s., p. 208, p. 298.

sont le support, dès lors qu'elle consiste en une compression d'effectifs, le droit social intervient et encadre la décision de prononcer des licenciements pour motif économique. En effet dans cette hypothèse, la liberté d'entreprendre de l'employeur se heurte au droit pour chacun d'obtenir un emploi consacré par le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dont découle *a fortiori* celui de conserver son emploi.

292. Sans jamais remettre en cause la décision même de prononcer des licenciements pour motif économique (de telles ruptures, sauf circonstances particulières, ne sont en effet nullement prohibées)¹, le droit social la soumet en revanche à une exigence de légitimité. Si la décision de restructuration échappe par principe au droit social et relève de la seule autorité de la direction de l'entreprise, il est on ne peut plus logique que lorsqu'elle prend la forme d'un licenciement pour motif économique elle fasse l'objet d'un encadrement juridique en ce qu'elle porte atteinte à un droit constitutionnel. Au-delà de l'atteinte au droit à l'emploi, le licenciement d'un individu, en le privant de son emploi, l'atteint dans son statut social et représente également un coût social puisqu'il sera pris en charge par l'assurance chômage. Le droit social ne saurait ainsi tolérer que la décision de licencier réponde uniquement à un impératif de rentabilité financière ; la décision de restructuration consistant à prononcer des licenciements pour motif économique doit à cet égard être légitime. Le rôle joué par l'emploi dans notre société justifie pleinement la réglementation relative aux licenciements pour motif économique. Bien plus qu'une simple source de revenus de subsistance, l'emploi constitue non seulement un élément fondamental de la citoyenneté sociale permettant à l'individu d'affirmer sa place dans la société mais aussi un facteur de réalisation personnelle².

Si le droit social est venu encadrer les licenciements pour motif économique, c'est certes parce que ces ruptures portent atteinte au droit à l'emploi, mais aussi et surtout, parce que, dans une société comme la nôtre où l'emploi est un élément essentiel de l'identité sociale, on ne saurait tolérer qu'une collectivité de salariés perde son emploi du fait de la décision d'un seul homme dictée par des considérations économiques, non inhérentes à leur

¹ Il existe tout de même des hypothèses dans lesquelles l'employeur ne peut pas prononcer de licenciement pour motif économique. C'est par exemple le cas lorsqu'il met en place un projet de grand licenciement collectif (au moins dix salariés sur une période de trente jours) dans une entreprise de cinquante salariés au moins, il ne peut prononcer les licenciements avant que l'Administration du travail ait validé ou homologué le plan de sauvegarde de l'emploi (Art. L. 1233-39 et L. 1235-10, C. trav.). De même, lorsque la restructuration prend la forme d'un transfert d'entreprise justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'employeur ne peut prononcer de licenciements pour motif économique qui seraient en lien avec le transfert.

² En ce sens, V. not. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Droit à l'emploi et dignité », in *Mélanges Ch. BOLZE, Economica*, 1999, p. 123 ; D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto-Aubier, 1995, p. 20 et s.

personne. Ainsi, le droit social impose que les restructurations consistant à prononcer un licenciement collectif soient d'une part subordonnées à une exigence de justification : tout licenciement pour motif économique doit reposer sur un motif légitime, réel et sérieux, et d'autre part soumises à un contrôle par les représentants des salariés et l'Administration du travail ; étant précisé qu'en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'entreprise, tout licenciement pour motif économique doit de surcroît faire l'objet d'une autorisation judiciaire préalable.

293. Législateur, partenaires sociaux, dont le rôle est loin d'être négligeable en la matière, et juges sont intervenus à de (trop ?) nombreuses reprises pour élaborer le droit du licenciement pour motif économique. En effet, situé sur un terrain particulièrement sensible, au carrefour de la liberté d'entreprendre et du droit à l'emploi, le droit du licenciement pour motif économique se caractérise par une forte instabilité législative, chaque alternance politique, ou presque, entraînant sa réforme¹. La place prépondérante du législateur dans l'élaboration du droit du licenciement pour motif économique ne doit toutefois pas occulter le rôle essentiel joué en la matière par les partenaires sociaux mais aussi par la Cour de cassation qui, au fil des arrêts, a pallié les lacunes du législateur en tentant de conférer une certaine cohérence à cette accumulation de textes disparates, au point d'entraîner une défiance à l'encontre du juge judiciaire visible dans l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi².

Le droit du licenciement pour motif économique est né avec la loi du 3 janvier 1975 qui, dans le souci de s'assurer de la légitimité des restructurations consistant à envisager un licenciement pour motif économique, a non seulement subordonné le prononcé d'une telle rupture à une autorisation administrative préalable, clef de voûte du droit du licenciement pour motif économique jusqu'en 1986, mais a également soumis les licenciements collectifs au contrôle des représentants du personnel en instaurant une procédure d'information/consultation des représentants sur ces projets³.

¹ Pour un développement complet de l'histoire du droit du licenciement pour motif économique, V. Méga Code du travail 2015, éd. Dalloz, 2014, p. 255 et s.

² ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, JO du 16 juin 2013, p. 9958.

³ Loi n° 75-5, du 3 janv. 1975, relative aux licenciements pour cause économique, JO 4 janv. 1975, p. 202. Si c'est avec la loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 qu'est véritablement né le droit du licenciement pour motif économique ; avant elle, la loi du 18 juin 1966 prévoyait que le comité d'entreprise devait donner son avis en cas de projet de compression d'effectifs (loi n° 66-427, du 18 juin 1966, modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises, JO du 25 juin 1966, p. 5267.).

Les restructurations consistant en une compression d'effectifs étaient donc soumises à un double contrôle de légitimité réalisé par les pouvoirs publics et les représentants du personnel dont l'information et la consultation sur ces projets était censée mettre en œuvre le droit des salariés de participer à la gestion de l'entreprise¹ et assurer la défense des intérêts des salariés lors du processus décisionnel.

294. Objet de vives critiques, l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique fut supprimée en 1986². À l'aube des années 1990, le premier souci du droit social était de s'assurer du bien-fondé des licenciements pour motif économique, motif qui fut défini pour la première fois par la loi du 2 août 1989 qui consolida également les prérogatives des représentants du personnel dans le cadre de la procédure d'information/consultation relative aux projets de licenciements collectifs³. Le second souci qui guida l'élaboration du droit du licenciement pour motif économique était, outre le renforcement des prérogatives des représentants du personnel, de responsabiliser les directions d'entreprises qui projettent des compressions d'effectifs. La jurisprudence posa ainsi en principe que le prononcé d'un licenciement pour motif économique devait être l'ultime remède, et ne pouvait intervenir qu'à la stricte condition que l'employeur ait envisagé toutes les alternatives à la rupture du contrat en essayant de reclasser le salarié. La responsabilisation des dirigeants d'entreprise s'apprêtant à prononcer un licenciement pour motif économique impose non seulement que cette rupture soit justifiée et n'intervienne qu'en dernier recours, mais également qu'ils élaborent et mettent en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi afin d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre et de favoriser le reclassement des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu au cours de la restructuration projetée lorsque celle-ci consiste à prononcer un grand licenciement collectif dans une entreprise d'au moins cinquante salariés⁴.

295. Depuis de nombreuses années, le droit du licenciement pour motif économique est l'objet de vives critiques émanant de divers milieux, notamment du milieu patronal qui a

¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8.

² Cette autorisation fut en effet supprimée par les lois n° 86-797 du 3 juillet 1986 (relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, JO 4 juil. 1986, p. 8302) et n° 86-1320 du 30 décembre 1986 (relative aux procédures de licenciement, JO 31 déc. 1986, p. 15885).

³ Loi n° 89-549, du 2 août 1989, modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JO du 8 août 1989, p. 9954.

⁴ Art. L. 1233-61, C. trav.

tenté de saisir l'occasion de la négociation de l'ANI relatif à la sécurisation de l'emploi non seulement pour remettre en cause les principes fondamentaux de l'exigence de justification des ruptures, mais également pour aménager la si décriée procédure d'information/consultation des représentants du personnel.

Si, mis à part les licenciements consécutifs au refus des salariés de se soumettre à un accord de mobilité interne ou à un accord de maintien de l'emploi¹, l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi n'ont pas remis en cause l'exigence de justification de la décision de prononcer un licenciement pour motif économique, ils ont en revanche « bouleversé » le contrôle des décisions de restructurations consistant à prononcer un grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins, désormais soumis à un contrôle *a priori* de l'Administration du travail². Les exigences relatives à la justification du prononcé de licenciements pour motif économique s'appliquent en toute hypothèse, tout comme le contrôle des licenciements collectifs par les représentants du personnel et l'Administration du travail. Toutefois, le prononcé de licenciements pour motif économique est l'objet d'un « régime spécial » lorsqu'ils interviennent dans une entreprise soumise à une procédure collective.

En effet, l'exigence de célérité impliquée tant par la situation relativement critique de l'entreprise que par la brièveté des délais encadrant la mise en œuvre de la garantie AGS, a conduit à un aménagement des procédures tant individuelles que collectives de licenciement pour motif économique. Surtout, la particularité du licenciement pour motif économique prononcé dans une entreprise en difficulté est d'être un licenciement « judiciaire ». Il est ici encore question de légitimation du licenciement pour motif économique, légitimation qui réside non pas dans une autorisation administrative des ruptures mais dans une autorisation judiciaire délivrée au cours de la procédure collective.

296. Impuissant face aux décisions de restructuration, le droit social s'est donc attaché à encadrer celles consistant en une compression des effectifs en réglementant le prononcé des ruptures pour motif économique. Bien qu'ayant tenté de prendre en considération la réalité organisationnelle des entreprises intégrées dans un groupe de sociétés, le droit du licenciement pour motif économique ne crée d'obligations qu'à l'égard de l'employeur, à

¹ C'est en effet le refus même de la mise en œuvre de l'accord qui pourrait constituer la cause réelle et sérieuse de la rupture. Art. L. 2242-23 C. trav. pour le licenciement d'un salarié refusant une mesure de mobilité conventionnelle. ; Art. L. 5125-2, C. trav. pour le licenciement d'un salarié refusant l'application d'un accord de maintien de l'emploi.

² ANI 11 janv. 2013, préc. ; loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

l'exclusion des autres sociétés du groupe, peu important que la décision de procéder à un licenciement collectif ait en réalité été décidée au niveau de la direction du groupe. L'absence de personnalité juridique du groupe et l'autonomie des personnes morales qui le composent ne facilitent guère l'appréhension par le droit, et notamment le droit social, de la réalité mouvante que constituent les groupes de sociétés illustrée par l'incapacité des diverses branches du droit à s'accorder sur une définition unique de la notion de groupe.

S'il a tenté d'appréhender le groupe en exigeant par exemple que le motif économique fondant les ruptures soit apprécié à ce niveau ou à celui du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise qui projette les ruptures ou encore que les recherches de reclassement s'effectuent au niveau des diverses sociétés du groupe avec lesquelles une permutation du personnel est envisageable, l'instrumentalisation du droit du licenciement économique par les directions de groupe ne peut être ignorée. Le centre réel des décisions de restructuration et notamment de compression d'effectifs est bien souvent la direction du groupe sur laquelle ne pèse aucune obligation d'aucune sorte relative aux ruptures qui sont projetées sur ses ordres par une filiale pourtant rentable dont elle aura pu organiser l'insolvabilité aux fins d'en délocaliser la production sous des cieux socialement moins exigeants... L'effectivité et l'efficience du droit du licenciement pour motif économique sont ainsi réduites par l'organisation des sociétés en groupe et la financiarisation de l'économie qui induisent une dissociation entre le réel titulaire du pouvoir décisionnel et celui qui assume les responsabilités des décisions de licenciement arrêtées par la direction du groupe ou les investisseurs financiers, ce que l'absence de sanctions réellement comminatoires s'agissant notamment de l'exigence de justification des ruptures ne contribue guère à contrebalancer.

Ainsi, si le droit social n'a pas de réelle emprise sur la décision de restructuration consistant à licencier pour motif économique un ou plusieurs salariés, pas plus qu'il ne peut remettre en cause une telle décision arrêtée librement par la direction de l'entreprise, voire du groupe auquel elle appartient, au moins impose-t-il que cette décision soit fondée sur un motif légitime et n'intervienne qu'en dernier recours (Chapitre I). De surcroît, si les dirigeants sont libres de décider de restructurer l'entreprise en prononçant un licenciement collectif, cette décision est soumise à un double contrôle : un contrôle administratif et un contrôle « social » réalisé par les représentants du personnel, étant rappelé que dans les entreprises soumises à une procédure collective vient s'ajouter à ce double contrôle aménagé pour elles, un contrôle

judiciaire dans la mesure où une autorisation judiciaire de licencier est de surcroît requise (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA DECISION DE LICENCIER SOUMISE A UNE EXIGENCE DE JUSTIFICATION

CHAPITRE II : LE CONTROLE DE LA DECISION DE LICENCIER

CHAPITRE I : LA DÉCISION DE LICENCIER SOUMISE À UNE EXIGENCE DE JUSTIFICATION

297. Le droit social ne dispose d'aucune emprise réelle sur les décisions de restructuration consistant à prononcer un licenciement collectif pour motif économique. Une telle décision relève de la liberté d'entreprendre des directions d'entreprise, qui induit la liberté d'organisation de l'entreprise et celle de choisir ces collaborateurs ; les décisions de restructuration consistant en une compression des effectifs répondent à des logiques économiques, voire financières, et entrepreneuriales échappant également au droit social.

Dans un contexte de globalisation et de concurrence accrue, auquel s'ajoute une crise économique et financière mondiale, les entreprises sont confrontées à la nécessité de s'adapter à l'évolution des marchés, d'accroître leur efficacité économique et, partant, sont tenues de revoir leur organisation afin d'améliorer leur compétitivité et de diminuer leurs charges. Or, l'un des coûts que les entreprises cherchent à réduire en premier lieu est (trop ?) souvent celui de la masse salariale, tendance que la financiarisation de l'économie contribue à accentuer. En effet, on ne peut que déplorer le fait que de nos jours la collectivité des travailleurs puisse être parfois davantage perçue comme un coût que comme une ressource pour l'entreprise, le marché pouvant ainsi conduire à une régulation défavorable à l'emploi¹. Comme le souligne pertinemment Jean-Michel PLASSARD, « le marché se cale sur une logique financière qui pousse à licencier, l'annonce de licenciements pouvant constituer dans certains cas un signal positif de rentabilité »². Ainsi, les stratégies développées par les entreprises qui se restructurent sont-elles rarement favorables à l'emploi à court terme.

298. Pour autant, s'il ne peut remettre en cause les décisions de restructuration consistant en une réduction des effectifs de l'entreprise, de telles décisions bien que relevant de la liberté d'entreprendre des dirigeants d'entreprise, n'en portent pas moins atteinte au

¹ En ce sens, J.-M. PLASSARD, « Conséquences des restructurations sur l'emploi », in *Des restructurations et des hommes*, sous la dir. T. LESMASLE et P.-E. TIXIER, Dunod, 2005.

² J.-M. PLASSARD, art. préc.

droit à l'emploi, qui induit celui des salariés de conserver le leur¹. Le droit social encadre donc les décisions de restructuration consistant en une compression d'effectifs en tentant de concilier liberté d'entreprendre et droit à l'emploi. Pour ce faire, s'il ne peut remettre en cause la décision de procéder à un licenciement collectif, il exige non seulement que la situation économique de l'entreprise justifie le prononcé de licenciements, mais en sus que l'employeur ne dispose pas d'autre alternative.

Ainsi, le licenciement pour motif économique d'un salarié n'est-il légitime qu'à la condition de reposer sur une cause réelle et sérieuse ainsi que le spécifie depuis la recodification l'article L. 1233-2 du Code du travail. Cela implique d'une part que ce licenciement corresponde à la définition du licenciement pour motif économique telle qu'elle résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1233-3 du Code du travail qui dispose que « *constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ». D'autre part, il est impératif pour qu'une telle rupture soit légitime qu'elle respecte les dispositions de l'article L. 1233-4 du Code du travail, consécration légale d'une position jurisprudentielle, selon lequel « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ».

Il résulte de ces deux articles, qui ne formaient qu'un avant la recodification², que le droit social a voulu non seulement réserver les hypothèses dans lesquelles un licenciement pour motif économique est susceptible d'intervenir, mais en outre faire de ce dernier l'ultime remède lorsque aucune autre solution n'est envisageable. Dès lors que le salarié menacé de licenciement pour motif économique est totalement étranger aux raisons qui président à la rupture de son contrat, il est impératif, au nom du droit à l'emploi, que ces dernières présentent un caractère réel et sérieux afin de légitimer l'atteinte portée par la restructuration à ce droit constitutionnel.

¹ Cons. const., Commentaire de la décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 18 ; D. BAUGARD, « Le droit à l'emploi », Dr. soc. 2014, p. 332.

² La Commission de recodification a fort pertinemment divisé en deux l'ancien article L. 321-1 du Code du travail en séparant de la définition du motif économique de licenciement (qui figure donc désormais à l'article L. 1233-3 du Code du travail) de l'alinéa relatif aux obligations de reclassement et d'adaptation préalables au licenciement qui ne participent pas de cette définition. Désormais ces obligations sont l'objet d'une sous-section distincte (art. L. 1233-4 et s. C. trav.).

299. Le contrôle de la cause économique de licenciement, confié principalement au juge judiciaire¹, est particulièrement délicat. Il se doit ainsi d'être effectif, au risque sinon de voir fleurir les licenciements arbitraires reposant sur un motif « d'économie » et non « économique », sans pour autant être strict au point d'empêcher les restructurations indispensables à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, gage du maintien à long terme des emplois.

Dernier rempart contre l'arbitraire du capitalisme financier n'envisageant l'emploi que sous l'angle de la masse salariale, la Cour de cassation s'est dressée, et se dresse encore, afin d'éviter que des restructurations répondant aux diktats des marchés financiers ne mettent à mal le droit à l'emploi et partant ruinent le tissu social français ; sans pour autant négliger la réalité économique imposant aux entreprises de se restructurer pour sauvegarder leur compétitivité menacée par une concurrence sans cesse accrue. Le curseur est délicat à placer, le contrôle judiciaire doit osciller entre une limite basse condamnant les licenciements « boursiers » et une limite haute que le juge franchirait en retirant aux chefs d'entreprise le pouvoir de choisir entre les différentes solutions la mieux adaptée à la situation de son entreprise². De ce point de vue, on ne peut que saluer le réalisme de la Cour de cassation qui, par le truchement d'une jurisprudence audacieuse et pertinente, a réussi, au fil des arrêts, à élaborer un cadre de contrôle permettant de véritablement préserver la liberté d'entreprendre et la nécessité pour les entreprises de s'adapter aux nouvelles contraintes que la globalisation et la crise financière mondiale impliquent, tout en protégeant le droit à l'emploi en sanctionnant les licenciements d'économie.

300. À ce titre, ne pouvant ignorer l'existence de groupe de sociétés, la Cour de cassation a développé une jurisprudence ambitieuse, consacrée pour partie par le législateur, tendant à prendre en considération le fait que l'entreprise qui se restructure appartient à un groupe dont la direction peut être à l'origine de la décision de restructuration destructrice d'emplois projetée dans sa filiale. Ainsi, nombre de règles encadrant la décision de prononcer un licenciement pour motif économique dans le cadre d'une restructuration font référence au

¹ Depuis la suppression de l'autorisation administrative de licenciement par les lois de 1986 (lois n° 86-797 du 3 juillet 1986 et n° 86-1320 du 30 décembre 1986, préc.), le contrôle de la justification du licenciement relève de la compétence judiciaire, le juge administratif conserve une compétence résiduelle relative au licenciement pour motif économique des salariés protégés dont la rupture du contrat, quel qu'en soit le motif, suppose une autorisation administrative en application des articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du Code du travail.

² Expressions « limite hausse » et « limite basse » empruntée au Commissaire du Gouvernement R. KELLER, dans ses conclusions relatives à l'arrêt CE, 8 mars 2006, Dr. soc. 2006, p. 857.

groupe, réalité économique et organisationnelle incontestable. Qu'il s'agisse du niveau auquel doivent être appréciés la réalité et le sérieux de la cause économique invoquée à l'appui des ruptures ou de l'aire dans laquelle l'employeur doit rechercher des postes de reclassement, l'appartenance à un groupe est prise en compte. Toutefois, si la décision de mettre en œuvre une restructuration consistant à prononcer des licenciements doit être justifiée par l'existence de difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité du groupe ou du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise, ou si l'employeur doit rechercher des postes de reclassement au niveau du groupe, ces principes se révèlent très souvent ineffectifs.

Débiteur unique du respect de ces obligations, l'employeur sera ainsi le seul condamné s'il ne s'y plie pas et ce alors même non seulement qu'il n'a aucune autorité sur les autres sociétés du groupe qu'il ne peut donc contraindre à reclasser ses salariés mais aussi que la décision de restructuration destructrice d'emplois peut avoir été arrêtée par la direction du groupe et imposée au chef de l'entreprise filialisée qui ne connaît pas la réalité de la situation économique du groupe ou du secteur d'activité auquel appartient son entreprise... Le risque d'instrumentalisation du droit du licenciement par les groupes, renforcé par l'absence de personnalité juridique de ce dernier et l'autonomie des différentes personnes morales qui le composent, ne doit dès lors pas être négligé. La direction du groupe peut en effet décider d'un licenciement collectif dans une filiale sans être tenue d'aucune obligation à l'égard des salariés qui n'auront pour débiteur que leur employeur dont le groupe aura de surcroît pu organiser l'insolvabilité.

Toutefois, on assiste au développement de techniques juridiques pour essayer d'atteindre le groupe dont la direction est souvent à l'origine des décisions de restructuration des différentes filiales qu'il s'agisse de la théorie du coemploi ou d'actions en responsabilité civile, la Cour de cassation étant néanmoins rigoureuse sur la caractérisation des situations de coemploi dans les groupe de sociétés.

301. Tout le monde, loin s'en faut, ne partage pas notre point de vue sur la pertinence de la jurisprudence relative au contrôle des décisions de restructuration consistant en une compressions d'effectifs, le droit du licenciement pour motif économique est en effet l'objet de vives critiques s'agissant notamment de l'exigence de justification de la rupture telle qu'interprétée par la Cour de cassation¹. Une réelle « défiance » à l'encontre du juge

¹ Pour les différentes critiques adressées au droit du licenciement pur motif économique et notamment à la jurisprudence de la Cour de cassation, V. not. F. GÉA, « Le droit du licenciement économique, à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210 ; N. C. SAUVAGE et M. DELMOTTE, « Aux obligations de

judiciaire ne saurait être niée, comme en témoignent le mouvement de déjudiciarisation qui innerve tant l'ANI du 11 janvier 2013 que la loi de sécurisation de l'emploi¹ mais également le fait que le patronat ait envisagé dans le premier projet d'accord de redéfinir le motif économique de licenciement et son périmètre d'appréciation².

302. Contrôler le motif de la restructuration à l'origine de la compression d'effectifs est pourtant primordial tout comme vérifier que les ruptures prononcées étaient réellement inévitables. En effet, en imposant à l'employeur, avant le prononcé de tout licenciement pour motif économique, de mettre en œuvre tous les efforts d'adaptation et de formation du salarié et de vérifier que le reclassement de ce dernier est impossible, le droit social ne se contente pas d'exiger un motif économique légitime pour licencier le salarié ; il subordonne de surcroît le licenciement à l'absence d'alternative à rupture du contrat. L'obligation de reclassement, et son corollaire l'obligation d'adaptation, font du licenciement pour motif économique *l'ultima ratio*.

Ainsi, faute d'avoir une quelconque autorité sur la décision et la mise en œuvre d'une restructuration consistant à prononcer un licenciement pour motif économique mais soucieux que cette décision prise au nom de la liberté d'entreprendre ne porte pas une atteinte excessive au droit à l'emploi des salariés dont l'obligation de reclassement dérive³, le droit social n'admet le licenciement pour motif économique qu'à la double condition qu'il repose sur un motif économique légitime (Section I) et qu'il soit la seule alternative à laquelle l'employeur doive se résoudre (Section I).

reclassement, les employeurs peu reconnaissants », SSL 2013, n° 1585. A. TEISSIER, « Le temps dans la procédure de consultation en cas de PSE », JCP S 2013, 1259 ; P. LOKIEC, « Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi », SSL 2013, n° 1592.

¹ Sur la défiance à l'égard du juge judiciaire et le mouvement de déjudiciarisation qui anime tant l'ANI du 11 janvier 2013 que la loi du 14 juin 2013, V. J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi - « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280 ; A. TEISSIER, « Le temps dans la procédure de consultation en cas de PSE », JCP S 2013, 1259 ; A. FABRE, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation - Une réforme peut en cacher une autre », RDT 2013, p. 184 ; F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement économique : un changement d'acteurs », JCP S 2013, 1258 ; F. GÉA, art. préc. ; P. VIVIEN et P. PREVOSTEAU, « Les procès-durs de licenciement économique : un droit protecteur ou contreproductif ? », Dr. soc. 2013, p. 223 ; M. GREVY, « Le juge, ce gêneur... », RDT 2013, p. 173.

² Projet d'ANI soumis par le MEDEF aux syndicats le 14 novembre 2012 ; Sur ce projet, V. D. BAUGARD et R. BEN HAMZA, « Premier regard sur le projet du MEDEF sur la sécurisation de l'emploi », SSL 2012, 1562 ; Frédéric GÉA l'évoque également : F. GÉA, « Le droit du licenciement économique, à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210.

³ En ce sens, Cons. const., 13 janv. 2005, déc. n° 2004-509 DC, relative à la loi de programmation pour la cohésion sociale, JORF 19 janv. 2005, p. 896, cons. 28.

Section I : Une décision soumise à l'exigence stricte d'un motif économique légitime

303. Il aura fallu attendre la loi du 2 août 1989 pour que soit défini pour la première fois le licenciement pour motif économique, ce dernier reposant sur deux composantes : une cause économique, et un effet sur l'emploi¹. Si la loi de modernisation sociale a tenté de modifier la définition de la cause économique de licenciement², elle fut censurée par le Conseil constitutionnel qui estima que la redéfinition adoptée par le législateur de 2002 portait une atteinte excessive à liberté d'entreprendre³. La définition du motif économique de licenciement, dont le siège est depuis la recodification l'article L. 1233-3 du Code du travail, fut par la suite modifiée par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 afin d'intégrer dans la définition du licenciement pour motif économique la censure de la jurisprudence *Framatome* et *Majorette*⁴.

La définition du motif économique, telle qu'elle résulte de l'article L. 1233-3 du Code du travail et de son interprétation jurisprudentielle, est de longue date vivement critiquée par le patronat qui a tenté dans le cadre du premier projet d'accord sur la sécurisation de l'emploi présenté aux syndicats de procéder à une redéfinition du licenciement pour motif économique qui⁵, si elle n'avait été rejetée en bloc par les syndicats, aurait abouti à la réécriture de l'article L. 1233-3 du Code du travail⁶.

¹ Loi n° 89-549, du 2 août 1989, modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JORF du 8 août 1989, p. 9954.

² Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, de modernisation sociale, JO 18 janv. 2002, p. 1008.

³ Le Conseil constitutionnel censura en effet l'article 107 de la loi de modernisation sociale, Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC, JO 18 janv. 2002, p. 1053, cons. 49 ; sur cette décision V. B. MATHIEU, art. préc. ; X. PRETOT, « Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale », Dr. soc. 2002, p. 244 ; A. LYON-CAEN, « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », Dr. soc. 2002, p. 258 ;

⁴ La loi du 18 janvier 2005 a en effet censuré la jurisprudence *Framatome* et *Majorette* : la procédure de licenciement collectif doit depuis lors être engagée lorsque dix salariés au moins ont refusé une modification de leur contrat pour motif économique (art. L. 1233-25 C. trav.) et non plus dès que l'employeur leur propose la modification (Cass. soc. 3 déc. 1996. *Framatome*. Bull. civ. V. n° 411 (1^{er} arrêt) ; GADT, 4^{ème} éd., n° 109), cette loi a donc modifié l'article L. 1233-3 du Code du travail en précisant que « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur (...) résultant d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* » ; Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, de programmation pour la cohésion sociale, JORF du 19 janv. 2005, p. 864.

⁵ Projet d'accord présenté le 14 novembre 2012, préc.

⁶ En ce sens également, D. BAUGARD et R. BEN HAMZA, art. préc.

304. Si l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi n'ont pas frontalement remis en cause la définition du motif économique de licenciement tel qu'il résulte de ce texte¹, ils l'ont en réalité fait de manière indirecte avec les dispositions relatives au licenciement d'un salarié refusant une mesure de mobilité conventionnelle prévue dans un accord de mobilité interne², ou s'opposant à l'application d'un accord de maintien de l'emploi³. Partenaires sociaux et législateur, sans le dire ouvertement, ont en pratique créé de nouveaux motifs économiques de licenciement, des motifs *sui generis*, résultant du refus par un ou plusieurs salariés de se voir appliquer l'un de ces accords, licenciements qui plus est dérogoires au droit commun du licenciement pour motif économique.

Malgré cette réforme tacite du motif économique de licenciement, l'article L. 1233-3 du Code du travail n'a pas été modifié directement par la loi de sécurisation de l'emploi et continue donc à subordonner la légitimité du licenciement pour motif économique à l'existence d'une cause économique telle que notamment des difficultés économiques ou des mutations technologiques ayant un effet sur l'emploi qu'il soit supprimé, transformé ou que le salarié ait refusé une modification de son contrat fondée sur une cause non inhérente à sa personne.

305. Si la restructuration de l'entreprise relève de la seule décision de l'employeur et qu'elle n'est en principe soumise qu'à l'avis des représentants du personnel, elle n'en demeure pas moins soumise au contrôle du juge qui peut être appelé à procéder, *a posteriori*, au contrôle de la légitimité des licenciements qui pourraient être prononcés. Il ne saurait en être autrement, sauf à malmenier l'exigence constitutionnelle que constitue le droit à l'emploi⁴. Pour s'assurer de la légitimité du motif de licenciement, le juge va ainsi se référer à la lettre de licenciement dans laquelle l'employeur est tenu non seulement d'exposer la cause économique de la rupture mais également son effet sur l'emploi, étant rappelé que la lettre de licenciement fixe les limites du litige⁵.

¹ ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, JO du 16 juin 2013, p. 9958.

² Art. L. 2242-23, C. trav.

³ Art. L. 5125-2, C. trav.

⁴ En ce sens, B. MATHIEU, « La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », Dr. ouv. 2002, p. 44.

⁵ Cass. soc., 13 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 491. L'employeur ne peut donc invoquer devant les juges un autre motif que celui notifié au salarié dans la lettre de rupture ; Cass. soc., 20 mars 1990, Bull. civ. V, n° 124.

306. À ce titre, le premier projet d'accord soumis par le MEDEF aux syndicats préconisait, tant pour les licenciements pour motif économique que personnel une « *modification des textes sur les licenciements pour mettre fin à la jurisprudence selon laquelle l'énoncé des motifs dans la lettre de licenciement fixe les limites du litige.* [en précisant qu'] *Il ne s'agit pas d'autoriser l'employeur à invoquer, lors du débat prud'homal, un nouveau motif, mais d'apporter tous les éléments qui justifient la rupture du contrat sans que puisse lui être opposé le manque de précision du motif énoncé dans la lettre de licenciement* »¹. Cette stipulation du premier projet a finalement été traduite à l'article 24 de l'ANI du 11 janvier 2013 selon lequel « *Les signataires conviennent que la sécurité juridique des relations de travail peut être compromise si des irrégularités de forme sont assimilées à des irrégularités de fond. Dès lors, ils conviennent d'examiner, avec le concours des pouvoirs publics, les cas dans lesquels les irrégularités de forme risquent de primer sur le fond. Au vu de cette expertise les signataires se retrouveront pour se saisir des éventuels aménagements nécessaires dans le respect des principes généraux du droit et de la Constitution.* ». Cette stipulation de l'ANI n'a toutefois donné lieu à aucune transposition législative.

Il est compréhensible que les jurisprudences relatives à la fixation des limites du litige par la lettre de licenciement et à l'assimilation de l'imprécision du motif à l'absence de motif entraînant le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement irritent notamment les milieux patronaux. À ce titre, la Cour de cassation a assoupli ses exigences relatives à motivation de la lettre de licenciement pour motif économique. En effet, si elle n'a pas abandonné l'impérativité de la mention de la cause économique et de son incidence sur l'emploi y compris en cas de cessation totale d'activité², elle a en revanche considérablement atténué le degré de précision requis pour l'énoncé de la situation économique, qui varie désormais selon la cause invoquée par l'employeur. Ainsi, elle estime qu'est suffisamment motivée « *la lettre de licenciement qui fait état d'une suppression d'emploi consécutive à une restructuration de l'entreprise, dont il appartient au juge de vérifier qu'elle est destinée à sauvegarder sa compétitivité* »³ ou « *qu'elle n'était pas justifiée par des difficultés économiques* »⁴. Dès lors que l'employeur fonde la rupture sur la réorganisation de l'entreprise, cette seule référence satisfait à l'obligation de motivation⁵. Il pourra invoquer devant les juges n'importe quelle

¹ Projet d'accord présenté le 14 novembre 2012, préc., I, G, b.

² Cass. soc., 22 sept. 2011, JCP S 2012, 1007, comm. L. DAUXERRE.

³ Cass. soc., 2 mars 1999, Bull. civ. V, n° 88.

⁴ Cass. soc., 16 déc. 2008, Bull. civ. V, n° 252 ; Dr. soc. 2009, p. 243, obs. G. COUTURIER ; RDT 2009, p. 103, obs. J.-Y. FROUIN ; Cass. soc., 9 fév. 2010, n° 08-43.218.

⁵ Encore faut-il que l'employeur vise expressément dans la lettre de licenciement « la réorganisation de l'entreprise », ainsi s'il se contente de mentionner la conclusion d'un marché de nettoyage avec une entreprise

cause économique censée être à l'origine de la mesure ; alors même qu'il est strictement interdit à celui qui a visé des difficultés économiques dans la lettre de rupture de faire état par la suite d'une autre cause économique, ce qui est relativement inique¹.

En tout état de cause lorsque l'employeur décide au nom de sa liberté d'entreprendre de mettre en œuvre une restructuration consistant à prononcer des licenciements pour motif économique, il devra énoncer dans la lettre de rupture la situation économique qui en est à l'origine ainsi que son effet sur l'emploi. Les juges du fond, appelés à contrôler la légitimité du licenciement pour motif économique, examineront en effet tant le réel et le sérieux de la cause économique invoquée par l'employeur à l'appui de la rupture (§ 1) que la réalité de son effet sur l'emploi (§ 2). Si l'exigence de justification qui préside au prononcé d'un licenciement pour motif économique est l'objet d'un contrôle rigoureux de la part du juge judiciaire, l'effectivité de cette exigence se trouve très amoindrie par la faiblesse des sanctions assortissant sa violation (§ 3).

§ 1 : Le contrôle rigoureux des causes économiques susceptibles de légitimer une restructuration destructrice d'emploi

Mis à part les motifs *sui generis* que sont « la mise en œuvre de mesures collectives d'organisation courante » susceptible de justifier le licenciement d'un salarié ayant refusé une mesure de mobilité prévue par un accord de mobilité interne² et « les graves difficultés économiques conjoncturelles » autorisant la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi entraînant le licenciement des salariés qui s'opposeraient à son application³, l'article L. 1233-3 du Code du travail dresse la liste, non exhaustive, des causes économiques susceptibles de

extérieure entraînant la suppression de l'emploi du salarié, le licenciement sera dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'externalisation d'activités ne constituant pas selon la Cour de cassation une cause justificative de licenciement. Cass. soc., 2 mars 2011, Dr. soc. 2011, p. 868, obs. A. MAZEAUD.

¹ Sur l'exigence de motivation « à géométrie variable » de la lettre de licenciement pour motif économique, V. L. DE LAUNAY, « La tectonique des motifs économiques de licenciement », Dr. soc. 2011, p. 570. De ce point de vue, il nous semble regrettable que la Cour de cassation en érigeant la réorganisation de l'entreprise en « auberge espagnole des motifs économiques de licenciement » (L. DE LAUNAY, art. préc.) instaure divers régimes et contrôles de la cause économique selon le motif visé.

² Art. L. 2242-21, C. trav.

³ Art. L. 5125-1, C. trav.

fonder une restructuration consistant à prononcer un licenciement pour motif économique, quelle qu'en soit l'ampleur. Si cet article vise la possibilité de fonder un licenciement « *notamment* » sur l'existence de difficultés économiques ou des mutations technologiques, il ne définit aucunement le périmètre dans lequel doit être apprécié le caractère réel et sérieux de la cause économique susceptible de justifier une restructuration consistant à prononcer un licenciement pour motif économique.

Le laconisme du législateur sur ce point a permis à la Cour de cassation de définir le niveau auquel doit exister la cause de licenciement pour que ce dernier soit justifié en prenant en compte la réalité de l'organisation des entreprises dont certaines font partie d'un groupe au niveau duquel est relativement souvent arrêtée la décision de restructuration. En effet, l'existence d'un groupe perturbe les règles « habituelles » du licenciement pour motif économique et implique leur adaptation à cette réalité économique qu'il s'agisse du reclassement ou de la cause réelle et sérieuse qui doit fonder la rupture¹. Le caractère non-exhaustif de l'énumération légale, révélé par la présence de l'adverbe « *notamment* » l'article L. 1233-3 du Code du travail, a permis à la Cour de cassation de faire montre de créativité en admettant sur la base de ce terme, outre les difficultés économiques (A) et les mutations technologiques (B) visées par ce texte, deux autres motifs économiques : la nécessité de sauvegarder la compétitivité (C) et la cessation d'activité (D).

A - L'existence de difficultés économiques

L'existence de difficultés économiques constitue « la justification incontestable de licenciement pour motif économique »². On ne saurait en effet dénier au chef d'une entreprise dont la situation économique est obérée, le droit de licencier une partie de son personnel, sauf à ruiner tout espoir de redressement de l'entreprise et à prononcer dans le même temps sa « condamnation » et, avec elle, celle de l'ensemble des emplois. Cependant, si l'existence de difficultés économiques est susceptible de justifier la décision de prononcer des licenciements dans la cadre d'une restructuration sur laquelle le droit social n'a aucune emprise, encore faut-il que ces difficultés présentent une certaine gravité faute de quoi des licenciements arbitraires pourraient être légitimés. La Cour de cassation a ainsi élaboré à destination des juges du fond

¹ En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « Motif économique, reclassement et groupe de sociétés », JCP S 2013, 1078 ;

² P. LANGLOIS, « Le motif économique », Gaz. Pal. 1997, p. 154 ; en ce sens également, P. WAQUET, « Emploi et profit », RJS 5/06, p. 351.

un *vade mecum* du contrôle des difficultés économiques. Condamnant tout licenciement d'économie, la jurisprudence exige donc que les difficultés invoquées à l'appui des ruptures soient réelles, importantes et qu'elles n'aient pas été provoquées par la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur (1). En outre, faisant preuve d'un réalisme de bon aloi en tenant compte de l'intégration de nombre d'entreprises dans un groupe, la Cour de cassation a défini le cadre spatio-temporel dans lequel les difficultés doivent être caractérisées pour être à même de justifier un licenciement pour motif économique, périmètre que le patronat aurait bien aimé voir réduit (2).

1 - L'exigence de difficultés réelles et importantes, étrangères à toute faute ou légèreté blâmable de l'employeur

307. L'article L. 1233-3 du Code du travail visant comme cause susceptible de justifier le prononcé d'un licenciement « *des difficultés économiques* » sans autre précision, la Cour de cassation a dû spécifier au fil des arrêts quels types de difficultés étaient susceptibles de justifier un licenciement. Il est ainsi indispensable que les difficultés invoquées par l'employeur soient réelles, c'est-à-dire qu'elles soient révélées par des faits matériellement vérifiables tels que d'importantes pertes financières accompagnées d'un sous-emploi de certains équipements¹, un surendettement bancaire constant accompagné d'une baisse significative du chiffre d'affaires² ou encore une situation telle qu'elle a conduit à la mise en redressement judiciaire de l'entreprise³. Au-delà de l'exigence, somme toute logique, de réalité, le droit social ne saurait considérer que des difficultés économiques constituent une cause valable de licenciement si elles ne sont pas sérieuses, c'est-à-dire suffisamment graves pour entraîner la suppression ou la transformation de l'emploi du salarié ou justifier une modification de son contrat de travail. Il appartient ainsi aux juges du fond de vérifier que les difficultés invoquées étaient de nature à fonder la suppression d'emploi entraînant le licenciement pour motif économique, ce qui implique de s'assurer du réel et du sérieux du lien de causalité unissant les difficultés économiques et leur incidence sur l'emploi.

¹ Cass. soc., 12 déc. 1991, Bull. civ. V, n° 581.

² Cass. soc., 30 sept. 1997, Bull. civ. V, n° 292 et 293 ; Dr. soc. 1997, p. 1103, obs. G. BELIER ; RJS 1997, n° 1227.

³ Cass. soc., 24 avr. 1990, Bull. civ. V, n° 191 ; il en va de même lorsque l'entreprise est en cessation virtuelle des paiements, Cass. soc., 20 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 511.

La Cour de cassation invite donc les juges du fond à se livrer à un contrôle de proportionnalité entre la situation économique invoquée par l'employeur et l'effet produit sur l'emploi des salariés. Dès lors une simple baisse du chiffre d'affaires ou des bénéfices¹ ou un ralentissement de l'activité² ne sauraient aucunement légitimer le prononcé de ruptures pour motif économique³. On ne peut qu'approuver l'intransigeance dont fait preuve la Cour de cassation en matière de contrôle des difficultés économiques car, à défaut, le licenciement pour motif économique risquerait de devenir ce qu'il ne doit, à notre sens, en aucun cas être : un instrument de gestion utilisé pour réduire la masse salariale d'une entreprise prospère. La jurisprudence condamne à ce titre tout licenciement justifié par le seul souci de faire l'économie d'un salaire (ou plus largement de réduire le coût de la masse salariale)⁴ ou par la prétendue absence de rentabilité du poste du salarié motivé en réalité par une volonté d'accroître les bénéfices⁵.

Pour autant, la Cour de cassation fait preuve de réalisme et ne saurait exiger que « *que la situation financière de l'entreprise soit catastrophique* »⁶ ; l'existence avérée de difficultés économiques importantes et durables suffit à fonder un licenciement. Il en va ainsi par exemple lorsque la baisse continue de l'activité accompagnée d'un déséquilibre financier de l'entreprise impose des restructurations internes⁷.

La Cour de cassation n'admet donc à titre de cause réelle et sérieuse de licenciement que des difficultés économiques graves et sérieuses. Elle a même pu faire parfois preuve par le passé d'une sévérité extrême : estimant que ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié alors même que la situation financière de l'employeur était déficitaire depuis plusieurs années, dans la mesure où aucune aggravation de cette dernière n'était démontrée au moment de la rupture⁸. Cette position n'a pas été réitérée depuis. Au contraire, la Cour de cassation l'a infirmée dans un arrêt postérieur en affirmant que

¹ Cass. soc., 2 juin 1993, Bull. civ. V, n° 154 ; Cass. soc., 3 mai 1994, n° 92-45.174, inédit ; Cass. soc., 9 mars 1994, n° 92-41.562, inédit ; Cass. soc., 6 juil. 1999, Bull. civ. V, n° 327.

² Cass. soc., 26 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 405 ; Dr. soc. 2000, p. 214, obs. C. RADÉ ; Cass. soc., 22 fév. 1994, 92-41.891, inédit.

³ De même, il convient ainsi de distinguer les difficultés économiques des fluctuations normales du marché, en ce sens Cass. soc., 6 juil. 1999, préc.

⁴ Cass. soc., 16 mars 1994, Bull. civ. V, n° 95 ; Cass. soc., 24 avr. 1990, Bull. civ. V, n° 182 ; Cass. soc., 26 janv. 1994, n° 91-45.825, inédit ; Cass. soc., 9 déc. 2003, n° 01-46.228, inédit.

⁵ Cass. soc., 7 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 405 ; Cass. soc., 26 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 406.

⁶ Cass. soc., 9 juil. 1997, Bull. civ. V, n° 261.

⁷ Cass. soc., 11 juil. 1994, n° 93-40.506, inédit Il en va de même en cas de perte de l'unique client de l'employeur induisant la suppression du poste du salarié (Cass. soc., 19 juil. 2000, RJS 2000, n° 1064.) ou de baisse brutale et durable de l'activité assortie d'une baisse des prix provoquant une chute importante des bénéfices (Cass. soc., 16 juin 2007, n° 04-44.601, inédit).

⁸ Cass. soc., 23 mai 2000, Bull. civ. V, n° 196.

l'employeur qui prononce un licenciement, motivé par des difficultés économiques dont il avait connaissance depuis plusieurs mois, repose sur une cause réelle et sérieuse dès lors que ces difficultés n'ont pas disparu à la date du licenciement¹.

308. En dépit de la rigueur du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les difficultés économiques susceptibles de justifier un licenciement, le législateur de 2002 a voulu modifier les causes économiques visées par l'article L. 1233-3 du Code du travail² notamment en faisant référence à des « *difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen* »³. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel au nom d'une atteinte manifestement excessive à la liberté d'entreprendre. Les Sages ont ainsi estimé qu'« *en subordonnant les licenciements économiques à « des difficultés sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen » (...) la loi [conduisait] le juge non seulement à contrôler, (...), la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise (...), mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles* »⁴, faisant ainsi référence à la position adoptée par l'Assemblée plénière dans l'arrêt SAT⁵, constitutionnalisée en quelque sorte cette solution⁶.

309. Difficultés étrangères à la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur. Si la jurisprudence exige des difficultés économiques relativement graves pour qu'un chef d'entreprise puisse prononcer valablement un licenciement, encore faut-il qu'elles n'aient pas été provoquées par sa faute ou sa légèreté blâmable. En effet, on ne saurait tolérer qu'un employeur prononce valablement des licenciements pour motif économique découlant de difficultés qui, bien que réelles et sérieuses, sont le fruit d'une attitude intentionnelle et

¹ Cass. soc., 17 oct. 2006, RJS 12/06, n° 1262.

² Art. L. 321-1 C. trav. à l'époque.

³ Art. 107 de la loi de modernisation sociale.

⁴ Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC, JO 18 janv. 2002, p. 1053, cons. 49 ; sur cette décision V. B. MATHIEU, art. préc. ; X. PRETOT, « Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale », Dr. soc. 2002, p. 244 ; A. LYON-CAEN, « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », Dr. soc. 2002, p. 258. La formule a été confirmée depuis : Cons. const., déc. n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, Loi visant à reconquérir l'économie réelle : Lexbase Hebdo éd. soc. n° 566 du 10 avril 2014, chron. C. RADÉ.

⁵ Cass. Ass. pl., 8 déc. 2000, SAT, Bull. ass. pl., n° 11 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 115 ; Toutefois, comme le souligne très justement Bernard MATHIEU, « cette argumentation n'est pas vraiment une argumentation de caractère constitutionnel car, pas plus que la mise en cause d'une jurisprudence judiciaire n'est, en elle-même, cause d'inconstitutionnalité, les arguments tirés de cette même jurisprudence ne sont pas, en eux-mêmes, invocables comme une norme de référence dans le contrôle de constitutionnalité » (B. MATHIEU, art. préc.).

⁶ En ce sens, B. MATHIEU, art. préc.

frauduleuse de sa part¹. De même, il ne serait pas admissible qu'un employeur se prévale d'une situation économique motivant des ruptures alors qu'il a sciemment et artificiellement créé cette dernière², ou organisé sa propre insolvabilité³.

En revanche, il convient de distinguer l'erreur, de la faute ou de la légèreté blâmable seules privatives de cause réelle et sérieuse. Ainsi, une erreur du chef d'entreprise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule la légèreté blâmable⁴. À l'inverse, fait preuve d'une légèreté blâmable justifiant sa condamnation à des dommages et intérêts l'employeur qui, alors même qu'il connaît la situation obérée de l'entreprise, recrute un salarié⁵.

Ainsi, seules des difficultés graves, durables et suffisamment importantes pour avoir une incidence sur l'emploi, peuvent justifier un licenciement, à la stricte condition de ne pas résulter d'une faute ou de la légèreté blâmable de l'employeur. Outre la caractérisation des difficultés économiques propres à justifier un licenciement pour motif économique, la Cour de cassation a défini le cadre spatio-temporel dans lequel les juges du fond doivent les apprécier.

2 - Le cadre d'appréciation des difficultés économiques

310. Pour conférer une certaine effectivité au droit à l'emploi des salariés en s'assurant que la restructuration consistant à rompre les contrats de travail pour un motif économique est bien légitime, la jurisprudence a défini le périmètre d'appréciation de l'existence de difficultés de nature à justifier des licenciements en prenant en compte la réalité de la diversité et de la complexité de l'organisation des entreprises, susceptibles non seulement d'être subdivisées en plusieurs établissements mais aussi d'être intégrées dans un groupe.

311. *Entreprises non intégrées dans un groupe.* Ainsi afin, d'éviter que la direction d'une entreprise globalement en bonne santé économique et financière ne « sacrifie » l'un des

¹ Cass. soc., 13 janv. 1993, Bull. civ. V, n° 9.

² Cass. soc., 12 janv. 1994, RJS 1994, n° 134 ; Cass. soc., 5 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 365, en l'espèce, l'employeur avait procédé à des prélèvements personnels supérieurs au chiffre d'affaire.

³ Cass. soc., 9 oct. 1991, Bull. civ. V, n° 402 ; Dr. soc. 1991, p. 791 ; RJS 1991, n° 1194 ; Cass. soc., 10 juil. 2002, RJS 2002, n° 1216.

⁴ Cass. soc., 14 déc. 2005, D. 2006, IR. 98 ; RJS 2006, n° 185 ; Cass. soc., 23 nov. 2011, n° 10-26.167, inédit.

⁵ Cass. soc., 26 fév. 1992, RJS 1992, n° 422.

établissements, la Cour de cassation décide que c'est au niveau de l'entreprise que s'apprécie la réalité des difficultés économiques. Ainsi, en présence d'une entreprise composée de plusieurs établissements, le contrôle judiciaire du motif économique doit être opéré non pas au niveau du seul établissement où sont prononcés les licenciements¹, mais au niveau de l'entreprise dans son ensemble². Invoquer des difficultés économiques au niveau d'un magasin seulement ou d'une succursale, ne suffit donc pas à justifier un licenciement pour motif économique. Les difficultés doivent être caractérisées au niveau de l'entreprise lorsque celle-ci ne fait pas partie d'un groupe.

L'étendue du périmètre d'appréciation de l'existence de difficultés économiques, et plus largement de la cause économique, est de longue date l'objet de critiques venues de diverses parts³, et notamment du milieu patronal qui a tenté de le réduire lors de la négociation nationale interprofessionnelle. Ainsi, dans le premier projet présenté par le patronat aux syndicats le 14 novembre 2012, était affirmé que « *L'extension du périmètre d'appréciation du motif économique peut avoir l'effet inverse à celui recherché en décourageant les investissements destinés au développement des activités en croissance de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient.* »⁴. Il était donc proposé de « *Se référer au mode de fonctionnement des entreprises, par centre de profit, qui correspond à une activité, de l'entreprise ou au sein de l'entreprise, susceptible d'être clairement identifié* »⁵. Pressentant qu'une telle proposition serait certainement rejetée par les syndicats, le document poursuivait en suggérant qu'« *À défaut de raisonner par centre de profit, [on limite] ce périmètre à l'entité juridique concernée par la restructuration, sans impacter le reste du groupe.* »⁶. Cette proposition fut également émise et rejetée par les syndicats puisque la réduction du périmètre d'appréciation des difficultés économiques, et de la cause économique en général⁷, ne figure pas dans l'ANI du 11 janvier 2013, pas plus que dans la loi du 14 juin

¹ Cass. soc., 24 fév. 1993, Dr. ouv 1993, p. 257 ; Cass. soc., 26 oct. 2005, RJS 2/06, n° 180.

² Cass. soc., 17 juin 1992, Bull. civ. V, n° 403 ; Cass. soc., 7 oct. 1998, RJS 1998, n° 1350 ; Cass. soc., 10 déc. 1997, n° 94-43.832, inédit.

³ Ainsi Jean PELISSIER voit-il dans cette jurisprudence une position « en contradiction flagrante avec la loi économique » dans la mesure où, selon lui, elle imposerait le maintien de l'activité d'un établissement qui chaque année engendre des pertes considérables au motif que l'entreprise elle-même réalise des bénéfices importants ; J. PELISSIER, « La cause économique du licenciement dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture par l'Assemblée nationale », Dr. ouv. 2002, p. 145 ; en ce sens également GADT, préc., p. 532.

⁴ Projet d'accord présenté le 14 novembre 2012, préc., IV, C, a.

⁵ Projet d'accord présenté le 14 novembre 2012, préc., IV, C, a.

⁶ Projet d'accord présenté le 14 novembre 2012, préc., IV, C, a.

⁷ En effet, toutes les causes économiques de licenciement sont appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise ; à l'exception toutefois de la cessation d'activité qui en principe ne concerne que l'entreprise, mais nous le verrons des techniques ont été développées pour prendre en compte l'existence d'un groupe. De même, les graves difficultés conjoncturelles qui doivent présider à la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi doivent *a priori* exister au seul niveau de l'entreprise.

2013. La jurisprudence relative au cadre d'appréciation des difficultés économiques n'est donc pas remise en cause.

C'est donc au niveau de l'entreprise dans son ensemble que doivent être appréciés la réalité et le sérieux des difficultés économiques censées justifier la décision de restructuration consistant à prononcer des licenciements, sauf lorsque l'entreprise appartient à un groupe, hypothèse dans laquelle le périmètre est élargi à tout ou partie de ce dernier.

312. *Entreprise intégrée dans un groupe.* Lorsqu'une entreprise appartient à un groupe, c'est au niveau de ce dernier que sont appréciées les difficultés invoquées pour justifier le prononcé de licenciements pour motif économique¹, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux seules entreprises situées sur le territoire national². Faisant preuve une fois de plus d'un réalisme économique de bon aloi, la Cour de cassation prend acte de la réalité organisationnelle et des liens capitalistiques unissant certaines sociétés pour contrôler le bien-fondé des difficultés économiques alléguées par l'employeur pour fonder une restructuration destructrice d'emplois. Les juges du fond sont donc tenus d'apprécier *in concreto* l'existence, ou l'absence, de difficultés économiques au niveau du groupe pour déterminer si les licenciements reposent ou non sur une cause réelle et sérieuse. On ne peut qu'approuver cette position jurisprudentielle en ce qu'elle permet de combattre les pratiques de *dumping social* mises en œuvre par certains groupes peu scrupuleux qui orchestrent l'insolvabilité d'une filiale, alors même qu'ils sont en plein essor, afin de délocaliser son activité, jusque là prospère en France, vers un pays où la main-d'œuvre est moins chère³.

Prenant acte de la structuration de certains groupes en divers secteurs d'activité, la jurisprudence décide, dans une telle hypothèse, que le contrôle de la réalité et du sérieux des difficultés économiques doit avoir lieu au niveau du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise qui procède au licenciement⁴. Cette référence au « secteur d'activité » soulève deux questions : d'une part, que recouvre cette notion ? Et d'autre part, faut-il que les difficultés économiques soient caractérisées au niveau de l'entreprise et du secteur d'activité

¹ Il convient d'indiquer que le Conseil d'État avait dès 1980 estimé lui aussi qu'il convenait de prendre en compte la situation du groupe, en ce sens, CE, 18 janv. 1980, n° 10804, publié au Rec. Lebon.

² Cass. soc., 12 juin 2001, Bull. civ. V, n° 214 ; Dr. soc. 2001, p. 894, obs. C. MASQUEFA ; CE, 8 juil. 2002, RJS 2002, n° 1148.

³ En ce sens également, A. LACABARATS, « Le licenciement pour motif économique dans les groupes de sociétés », JCP S2013, 1436.

⁴ Cass. soc., 5 avr. 1995, *Vidéocolor*, Bull. civ. V, n° 123 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 114 ; D. 1995, p. 503, note M. KELLER ; Dr. soc. 1995, p. 482, note P. WAQUET ; RJS 1995, n° 497 ; JCP G 1995, II, 22443, note G. PICCA ; JCP E 1995, I, 499, n° 3, obs. P. COURSIER ; G. LYON-CAEN, « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », Dr. soc. 1995, p. 489 ; Cass. soc., 14 déc. 2011, Bull. civ. V, n° 295.

ou simplement niveau de ce dernier, peu important que l'entreprise qui prononce les licenciements soit quant à elle prospère ?

313. Incertitudes entourant les contours du secteur d'activité. Bien plus économique que juridique, la notion de secteur d'activité est entourée d'un flou regrettable eu égard aux enjeux en cause. Afin d'éviter un contrôle judiciaire des difficultés à l'échelle du groupe dans son ensemble, la tentation peut être grande pour certaines directions de groupe de multiplier les divisions en différents secteurs d'activité. Toutefois, la supercherie ne saurait être efficace, la Cour de cassation rappelle en effet que l'organisation juridique du groupe ne doit pas permettre de masquer l'existence d'un secteur unique d'activité, niveau auquel doit être appréciée la situation économique¹. Il appartient dès lors aux juges du fond de s'assurer que la présentation d'un groupe prétendument composé de plusieurs secteurs d'activité correspond bien à la réalité.

Notion théoriquement appréciée souverainement par les juges du fond, mais subordonnée en réalité selon Philippe WAQUET à un contrôle officieux de la Cour de cassation², le secteur d'activité n'a fait l'objet d'aucune définition précise. Plusieurs arrêts dressent un tableau impressionniste, relevant selon Patrick MORVAN d'une analyse qui « paraît souvent divinatoire »³. Ainsi, une Cour d'appel a pu décider que le département publicité Internet ne pouvait être séparé du secteur publicité du groupe⁴. De même, l'activité « sciage bois » n'est pas dissociable du secteur d'activité « négoce de bois et matériaux de construction »⁵, tout comme « l'ingénierie médicale » ne saurait constituer un secteur d'activité distinct de la branche « domaine médical »⁶. À l'inverse, et sans qu'aucune logique ne se dégage clairement des décisions, constituent des secteurs d'activité distincts le secteur

¹ V. not. Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-40.156, inédit.

² P. WAQUET, observateur on ne peut plus averti, RDT 2006, p. 98, obs. sous Cass. soc., 9 mai 2006, n° 05-40.554..

³ P. MORVAN, *opus préc.*, p. 407.

⁴ Cass. soc., 20 juin 2007, n° 06-41.725, inédit.

⁵ Cass. soc., 4 mars 2009, Bull. civ. V, n° 57 ; JCP S 2009, 1190, note P.-Y. VERKINDT ; JCP G 2009, II, 10082, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; F. CHAMPEAUX, « L'étendue du secteur d'activité et du reclassement », SSL 2009, n° 1391, p. 11 ; J. CHAUVIRE, rapp. sous Cass. soc., 4 mars 2009, (extraits), SSL 2009, n° 1391, p. 12.

⁶ Cass. soc., 6 mars 2007, préc. ; de même la distribution en grande surface de produits alimentaires constitue un secteur d'activité unique, quels que soient les produits concernés, en ce sens, Cass. soc., 30 avr. 1997, n° 95-41.513 ; les secteurs « rayonnage-mobilier-métallique » et « mobilier métallique monobloc » ne forment également qu'un seul secteur d'activité, en ce sens Cass. soc., 9 mai 2006, préc.

« presse générale » et « presse loisirs »¹, ou encore le secteur pneumatique poids lourds au sein du groupe Michelin².

Échappant à toute tentative de conceptualisation abstraite, la notion de secteur d'activité a tout de même fait l'objet d'une définition en creux par la jurisprudence qui, ces dernières années, apporte au compte-gouttes des précisions sur les caractéristiques susceptibles de révéler l'existence d'un secteur d'activité autonome. Ainsi, « la *spécialisation d'une entreprise dans le groupe* »³ ou « *son implantation dans un pays distinct de ceux où sont situées les autres sociétés du groupe* »⁴ ne suffisent pas à exclure son rattachement à un même secteur d'activité au sein duquel doivent être appréciées les difficultés économiques.

Au-delà de cette définition négative, la Cour de cassation approuve le recours à la technique du faisceau d'indices pour caractériser l'existence de secteurs d'activité distincts au sein d'un groupe. Les juges du fond peuvent donc prendre en considération divers critères relatifs notamment « à la nature des produits, à la clientèle à laquelle ils s'adressent et au mode de distribution mis en œuvre par l'entreprise »⁵. Le caractère protéiforme du concept de secteur d'activité implique une approche pragmatique rendant quasi-impossible une définition théorique de cette notion. Pour autant, Jean CHAUVIRE, s'inspirant d'une proposition du Doyen WAQUET, estime qu'il ressort des différentes décisions que « relèvent d'un même secteur d'activité des entreprises dont l'activité économique a le même objet, quelles que soient les différences tenant au mode de production des biens ou de fourniture des services comme aux caractéristiques des produits ou services »⁶.

À ce titre, nous partageons l'opinion de Françoise FAVENNEC-HERY, selon laquelle la définition INSEE pourrait avoir valeur d'indice⁷, « un secteur d'activité regroupe des entreprises de fabrication qui ont la même activité principale au regard de la nomenclature considérée. Peu importe que ces activités ne soient pas homogènes à la différence de la

¹ CA Lyon, Ch. soc. sect. A, 30 sept. 2009, n° 08/06872.

² Cass. soc., 7 juil. 2009, RJS 10/09, n° 774.

³ Cass. soc., 8 juil. 2008, RJS 2008, n° 966 ; Cass. soc., 23 juin 2009, D. 2009, AJ 1902 ; RJS 2009, n° 772 ; JCP E 2009, 2098, note VOLOIR et AKNIN ; H. GUYADER, « Les contours de la notion de secteur d'activité », SSL 2009, n° 1411, p. 12.

⁴ Cass. soc., 23 juin 2009, préc.

⁵ Cass. soc., 10 fév. 2010, RJS 4/10, n° 321.

⁶ J. CHAUVIRE, rapp. sous Cass. soc., 4 mars 2009 préc., s'inspirant de P. WAQUET, obs. sous. Cass. soc., 6 juin 2007, préc.

⁷ Il convient d'indiquer que l'INSEE définit quant à lui le secteur d'activité comme « [regroupant] des entreprises de fabrication, de commerce ou de service qui ont la même activité principale (au regard de la nomenclature d'activité économique considérée). L'activité d'un secteur n'est donc pas tout à fait homogène et comprend des productions ou services secondaires qui relèveraient d'autres items de la nomenclature que celui du secteur considéré. Au contraire, une branche regroupe des unités de production homogènes. », Source <http://www.insee.fr>.

branche. C'est le produit fini qui semble être déterminant de l'appartenance à un secteur donné. »¹. De ce point de vue, pour la caractérisation de l'appartenance à un secteur d'activité retenir un critère tel que le marché sur lequel interviennent les entreprises, à l'instar du droit de la concurrence, pourrait permettre de clarifier cette notion².

314. Preuve de l'existence de secteurs d'activité distincts. S'il appartient aux juges du fond de caractériser l'existence d'un secteur d'activité distinct dont relève l'entreprise pour apprécier l'existence de difficultés économiques susceptibles de justifier le prononcé de licenciements, c'est sur l'employeur que pèse la charge de la preuve en la matière³. Il est capital qu'il apporte aux juges du fond des éléments permettant l'identification non seulement d'un secteur d'activité autonome au sein du groupe, mais aussi de son périmètre. En effet, s'il ne parvient pas à établir l'existence d'un secteur indépendant en indiquant les diverses entreprises du groupe qui en relèvent, le licenciement sera dépourvu de cause réelle et sérieuse dans la mesure où la réalité des difficultés invoquées ne pourra pas être établie⁴.

Si pour reposer sur une cause réelle et sérieuse, il est impératif, lorsque l'entreprise appartient à un groupe divisé en plusieurs secteurs d'activité, que les difficultés économiques soient établies au niveau du secteur dont elle fait partie, on a pu s'interroger sur la nécessité que l'entreprise elle-même connaisse également des difficultés.

315. Non-cumul des périmètres. Si un arrêt inédit a pu laisser penser qu'il était nécessaire que les difficultés soient caractérisées « *tant au niveau de l'entreprise qu'au niveau du groupe auquel elle [appartient]* »⁵, la Cour de cassation a infirmé cette solution dans un arrêt postérieur, publié au bulletin, dans lequel elle énonce que « *les difficultés s'apprécient au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise qui licencie, [les juges du fond] (...) [n'avaient] pas à rechercher si les résultats de la société [employeur] étaient bénéficiaires* »⁶. La Cour de cassation légitime donc le prononcé de licenciements par

¹ F. FAVENNEC-HERY, « Motif économique, reclassement et groupe de sociétés », JCP S 2013, 1078.

² En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

³ Cass. soc., 4 mars 2009, préc.

⁴ Cass. soc., 4 mars 2009, préc.

⁵ Cass. soc., 18 sept. 2007, n° 06-42.702, inédit.

⁶ Cass. soc., 28 nov. 2007, Bull. civ. V, n° 197 ; JCP E 2008, 1602, note S. BEAL et A. FERREIRA ; F. VACCARO, « Cadre d'appréciation des difficultés économiques : Vidéocolor à rebours... », SSL 2008, n° 1335, p.13 ; C. RADÉ, « L'appréciation des difficultés économiques des entreprises dans le droit du licenciement pour motif économique », Lexbase Hebdo, éd. soc. 2010, n° 410, N° N032BQR.

une entreprise florissante dès lors que le secteur d'activité du groupe dont elle fait partie connaît, lui, des difficultés économiques réelles et sérieuses.

Cette solution est pour le moins surprenante en ce qu'elle semble contraire à la finalité et à l'intention poursuivies par la Cour de cassation lorsqu'elle a étendu le niveau d'appréciation des difficultés au secteur d'activité du groupe. Lorsqu'en 1995, la Cour de cassation a élargi le périmètre d'appréciation de la cause économique au secteur d'activité¹, elle souhaitait ainsi renforcer la protection des salariés pour éviter qu'un groupe décide de sacrifier une entreprise dans le seul but de pouvoir en délocaliser l'activité vers un pays où la main d'œuvre est moins chère, alors même que le secteur d'activité du groupe est en plein essor. Il nous semble peu vraisemblable que dans l'arrêt *Vidéocolor* les hauts magistrats aient souhaité autoriser des ruptures pour motif économique dans une entreprise prospère au prétexte que le secteur du groupe connaît quant à lui des difficultés.

De surcroît, comme le souligne un auteur, « jamais, (...) la relation de groupe n'a pu être invoquée dans le but ou avec pour effet de porter atteinte aux droits des tiers »². Si la prise en considération de l'existence d'un groupe induit la réduction ou l'éviction d'avantages ou des droits des tiers, particulièrement des salariés, elle doit être exclue³. Cette solution considérant légitime la restructuration consistant à licencier des salariés dans une entreprise prospère au motif que d'autres filiales du secteur connaissent quant à elles des difficultés est donc, à notre sens, éminemment critiquable. Pour autant, il ne faut pas exagérer la portée de cette position dans la mesure où elle n'a jamais été confirmée depuis, et où il semblerait qu'elle repose davantage sur des raisons relatives à la procédure devant la Cour de cassation que sur des considérations liées au cadre d'appréciation des difficultés économiques⁴.

En tout état de cause, il nous semble souhaitable que la Cour de cassation revienne sur cette position qui s'inscrit à rebours de toute la construction jurisprudentielle jusque-là élaborée en réduisant la protection accordée aux salariés auxquels il est fort compliqué d'expliquer que, bien que leur entreprise réalise des bénéfices notamment grâce à leur

¹ Cass. soc., 5 avr. 1995, préc.

² M. JEANTIN, « Intérêt du groupe et intérêt de l'entreprise », Dr. ouv. 1994, p. 14.

³ En ce sens, M. JEANTIN, art. préc.

⁴ En ce sens, C. RADÉ, art. préc. En effet, comme Christophe RADÉ le souligne, l'arrêt met en exergue que *"la Cour d'appel [...] n'est pas sortie des limites du litige fixées par la lettre de licenciement"*, suggérant par là-même qu'en l'espèce la lettre de licenciement faisait directement référence aux difficultés économiques rencontrées par les autres entreprises du secteur pour fonder les ruptures. « Or, et comme le relève expressément la Cour de cassation dans son arrêt de rejet, *"les salariés qui n'ont contesté à aucun moment l'énonciation de la lettre de licenciement relative à la suppression de leur emploi ne peuvent proposer devant la Cour de cassation un moyen incompatible avec la thèse qu'ils ont développée devant les juges du fond"*. Il ressort par conséquent très clairement de cette décision que c'est pour des raisons tenant à la procédure devant la Cour de cassation que les moyens développés par le demandeur ont été rejetés, et que si ces derniers avaient contesté les termes mêmes de la lettre de licenciement devant les juges du fond, la solution aurait été différente. » (C. RADÉ, art. préc.)

prestation de travail, elle peut valablement les licencier au motif que d'autres filiales, situées à l'étranger, connaissent des difficultés. Mis à part ce faux pas, on ne peut que saluer le réalisme économique dont fait preuve la Cour de cassation en tenant en compte de la réalité organisationnelle des groupes et des entreprises pour définir le périmètre d'appréciation de la réalité et du sérieux de la cause de licenciement pour motif économique.

Soucieuse de préserver le droit à l'emploi, elle fixe un cadre d'appréciation des difficultés économiques allant de l'entreprise dans son ensemble, si elle est autonome, à l'intégralité du groupe à moins que l'employeur ne démontre l'existence d'un secteur d'activité distinct auquel appartient l'entreprise, hypothèse dans laquelle le cadre d'appréciation sera ledit secteur, étant précisé que si l'entreprise est sa seule composante les difficultés seront appréciées à l'échelle de cette dernière¹. Au-delà du cadre spatial, la Cour de cassation a déterminé le moment auquel le juge devait se placer pour apprécier l'existence ou non d'une cause économique réelle et sérieuse de licenciement.

316. Cadre temporel de l'appréciation de l'existence des difficultés. S'agissant du cadre temporel dans lequel le réel et le sérieux de la cause économique doivent être contrôlés, la Cour de cassation a, très rationnellement, posé en principe que les difficultés invoquées par l'employeur à l'appui du licenciement devaient être caractérisées au jour de la rupture². Il est en effet logique de s'assurer de la justification du licenciement au regard des éléments dont l'employeur avait connaissance au moment où il a pris la décision de rompre le contrat de travail du salarié. C'est pourquoi, en cas de licenciement d'un salarié protégé, les juges doivent se placer non pas à la date de la saisine de l'inspecteur du travail³ mais à la date de notification de la rupture, et prendre en compte les changements susceptibles d'être intervenus dans la situation de l'entreprise entre ces deux dates⁴.

S'ils doivent apprécier l'existence des difficultés à la date de notification de la rupture, les juges du fond peuvent prendre en considération des éléments postérieurs de nature à

¹ Ainsi, la Cour de cassation approuve un Cour d'appel qui a débouté un salarié de sa demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle au motif que l'entreprise employeur connaissait des difficultés économiques graves après avoir « *retenu que l'activité lubrifiant constituait un secteur d'activité autonome* » et qu'elle a ensuite « *relevé que la société [employeur] regroupait toute l'activité lubrifiant depuis le 1er janvier 2000, elle a par ce seul motif légalement justifié sa décision* », Cass. soc. 20 mars 2006, préc.

² Cass. soc., 26 fév. 1992, Bull. civ. V, n° 130 ; Cass. soc., 12 déc. 1995, Bull. civ. V, n° 342 ; Cass. soc., 29 avr. 1998, n° 96-40.537, inédit ; Cass. soc., 5 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 365 ; Cass. soc., 26 janv. 1999, Bull. civ. V, n° 38 ; Cass. soc., 17 oct. 2000, Bull. civ. V, n° 332.

³ Qui, certes, caractérise dans une certaine mesure la volonté de rompre

⁴ Cass. soc., 30 mars 2010, Bull. civ. V, n° 83 ; F. GÉA, « Le moment de l'appréciation judiciaire de la légitimité du licenciement économique », RDT 2010, p. 372.

confirmer ou infirmer l'existence d'une situation économique justifiant les licenciements¹. En revanche, un licenciement pour motif économique ne peut être fondé sur la prévision d'éventuelles difficultés économiques inexistantes au jour de la rupture, quand bien même elles apparaîtraient par la suite². L'exigence de réalité de la cause économique de rupture serait dépourvue de sens si les juges pouvaient se placer à une date autre que celle du licenciement pour apprécier son bien-fondé. Il appartient aux juges de s'assurer de l'existence, au jour de la rupture, de difficultés économiques suffisamment graves pour avoir entraîné la suppression ou la transformation de l'emploi à l'origine du licenciement.

La jurisprudence de la Cour de cassation tend à préserver le droit à l'emploi des salariés tout en respectant le pouvoir de direction et la liberté d'entreprendre des employeurs qui décident de mettre en œuvre une restructuration pour faire face à des difficultés économiques. Qu'il s'agisse du cadre d'appréciation, du refus de légitimer des ruptures résultant de difficultés provoquées par l'employeur, de l'exigence d'une situation économique réellement grave ou de la condamnation de tout licenciement d'économie, le contrôle rigoureux exercé par les juges constitue un palliatif de l'impuissance du droit social face aux décisions de restructuration destructrice d'emploi. Certes, ce contrôle est un contrôle *a posteriori* et ne donne lieu qu'au versement de dommages et intérêts en cas d'absence de cause réelle et sérieuse et ne préserve donc pas directement l'emploi face aux décisions de restructuration consistant à licencier des salariés.

Outre les difficultés économiques, l'article L. 1233-3 du Code du travail vise expressément une seconde cause à même de fonder un licenciement pour motif économique : les mutations technologiques.

¹ Il en va par exemple ainsi lorsque les résultats de l'exercice 2000 confirment l'existence de difficultés dès le mois de février 2000 alors que le salarié a été licencié en mars, Cass. soc., 16 mars 2004, RJS 2004, n° 523 ; Cass. soc., 13 mai 1997, n° 94-42.539, inédit.

² Cass. soc., 26 fév. 1992, Bull. civ. V, n° 130. De même, l'apparition de nouvelles difficultés économiques ne peut justifier le licenciement pour motif économique d'un salarié à raison de son refus d'une proposition de modification faite 14 mois plus tôt ; en ce sens Cass. soc., 2 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 293.

317. Au titre des causes économiques susceptibles de justifier un licenciement, le législateur de 1989 a expressément visé les mutations technologiques¹, ce qui se comprend aisément à l'aube des années 1990, période où le progrès et les innovations technologiques étaient en plein essor et bouleversaient notre société. L'introduction de nouvelles technologies dans une entreprise, dès lors qu'elle a une incidence sur l'emploi, peut justifier la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emploi et constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il convient immédiatement de préciser que le contentieux relatif aux mutations technologiques en tant que cause économique de licenciement est assez rare, et ce pour deux raisons. D'une part, lorsque l'employeur fonde la rupture du contrat sur l'inaptitude du salarié à occuper un emploi modifié ou transformé à la suite de mutations technologiques, le licenciement est inhérent à la personne du salarié et relève dès lors du régime du licenciement pour motif personnel². D'autre part, l'essentiel du contentieux relatif au réel et au sérieux de la cause économique du licenciement prononcé suite à des mutations technologiques ne repose pas tant sur le contrôle des mutations elles-mêmes que sur la vérification du respect par l'employeur de l'obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi.

318. Pour autant, lorsqu'il y est invité, le juge doit vérifier la réalité et le sérieux des mutations technologiques alléguées par l'employeur à l'appui du licenciement. Cause autonome, l'introduction de nouvelles technologies peut constituer un motif légitime de rupture en l'absence de difficultés économiques³ et alors même que la compétitivité de l'entreprise n'est aucunement menacée⁴. Pour pouvoir constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, les mutations technologiques doivent revêtir une certaine importance, entraîner un véritable bouleversement. Les juges sont tenus, là encore, de se livrer à un contrôle du lien de causalité unissant les mutations technologiques et leur effet sur l'emploi.

¹ Loi du 2 août 1989, préc.

² Cass. soc., 12 déc. 1991, Bull. civ. V, n° 579 ; RJS 1992, n° 133 ; à comp. avec Cass. soc., 15 oct. 1992, Bull. civ. V, n° 513 ; RJS 1992, n° 1297 « *a un caractère économique le licenciement d'un salarié qui n'a pas pu s'adapter aux nouvelles exigences technologiques afférentes à son emploi transformé en raison de l'informatisation de l'entreprise, ni aux postes qui lui avaient été proposés* » ; sur la distinction cause qualificative/cause justificative V. J. PELISSIER, « La cause économique du licenciement », RJS 1992, p. 527 ; J.-P. LABORDE, « La cause économique du licenciement », Dr. soc. 1992, p. 774.

³ Cass. soc., 2 juin 1993, Bull. civ. V, n° 155 ; Cass. soc., 30 juin 1992, n° 91-40.823, inédit.

⁴ Cass. soc., 9 oct. 2002, RJS 2002, n° 1373.

Ils doivent s'assurer de la proportionnalité de l'incidence sur l'emploi au regard de l'importance de la mutation technologique invoquée par l'employeur.

À ce titre, les différentes décisions relatives au contrôle des mutations susceptibles de justifier une rupture pour motif économique constituent un tableau impressionniste fait de distinctions qui peuvent sembler relativement sibyllines. Ainsi, la jurisprudence a pu considérer qu'était fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié résultant de la suppression de son emploi « *en raison du changement des conditions d'exploitation du service informatique lié à l'acquisition d'un nouveau matériel et de nouveaux logiciels* »¹ ; alors qu'à l'inverse un « *simple changement de progiciel ou logiciel ne saurait constituer une innovation technologique en tant que telle au sens de* [l'article L. 1233-3 du Code du travail] »². Aucune de ces solutions n'est érigée en principe intangible dans la mesure où les juges du fond disposent en matière de mutations technologiques d'une « *appréciation souveraine qui échappe au contrôle de la Cour de cassation* »³.

Cependant, il semble, fort logiquement, que seules des mutations importantes, bouleversant dans une certaine mesure les techniques de production ou l'organisation de l'entreprise puissent justifier une restructuration de l'entreprise consistant à prononcer licenciement pour motif économique à l'instar par exemple de l'introduction de l'informatique⁴, ou du remplacement d'un procédé d'impression sérigraphique par un procédé d'impression numérique⁵. De même, la suppression de l'activité d'illustration sonore due à la modernisation des moyens de reportage nécessitée par la réorganisation de l'entreprise constitue une cause réelle et sérieuse licenciement⁶, tout comme l'informatisation d'une agence ou de certains services impliquant des suppressions de postes⁷. Il est donc indispensable que l'impact des mutations technologiques sur l'entreprise et particulièrement sur l'emploi des salariés soit suffisamment important pour justifier le licenciement.

319. Il convient d'indiquer que le législateur de 2002, dans sa tentative de redéfinition de la cause économique de licenciement, avait envisagé de remplacer l'expression « *mutations*

¹ Cass. soc., 14 nov. 2001, n° 99-44.686, inédit.

² Cass. soc., 13 mai 2003, RJS 2003, n° 1135.

³ Cass. soc., 13 mai 2003, préc.

⁴ Cass. soc., 1^{er} mars 1994, n° 92-43.612.

⁵ Cass. soc., 15 mars 2012, n° 10-25.996, inédit.

⁶ Cass. soc., 19 déc. 1990, Bull. civ. V, n° 687.

⁷ Cass. soc., 30 juin 1992, préc. De même, l'évolution d'une société l'ayant amenée à prendre en charge de nouveaux secteurs d'activité technique s'ajoutant à ses activités classiques peut constituer une mutation technologique entraînant la transformation d'emplois de nature à justifier des licenciements pour motif économique ; en ce sens Cass. soc., 9 juil. 1997, Bull. civ. V, n° 262.

technologiques » par celle beaucoup plus obscure de « *mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise* »¹. Le Conseil constitutionnel censura cette nouvelle définition, ce que l'on ne peut qu'approuver².

En effet, exiger des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise était relativement absurde et ce pour deux raisons. D'une part, rarissimes sont les mutations technologiques de nature à mettre en péril la survie de l'entreprise. D'autre part et surtout, subordonner la légitimité du licenciement pour motif économique reposant sur des mutations technologiques à la mise en cause de la pérennité de l'entreprise était excessif et irréaliste d'un point de vue économique.

Cet excès fut donc condamné par le Conseil constitutionnel qui reprocha également à cette tentative de redéfinition du motif économique la suppression de l'adverbe « *notamment* » impliquant une liste, non plus indicative, mais limitative des causes économiques susceptibles de fonder un licenciement, alors même que sur le fondement de ce terme la Cour de cassation a dégagé une nouvelle cause justificative de la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois : la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du groupe, voire du secteur d'activité du groupe, auquel elle appartient.

C - La nécessité de sauvegarder la compétitivité

320. De l'intérêt de l'entreprise à la nécessité de sauvegarder la compétitivité.

Consciente de la quasi-impossibilité de traiter l'ensemble des décisions de restructuration consistant à prononcer des licenciements pour motif économique uniquement sous l'angle des difficultés économiques ou des mutations technologiques, la Cour de cassation a pris appui sur le caractère non exhaustif de l'énumération légale des causes économiques susceptibles de justifier un licenciement pour en dégager une nouvelle. Ainsi, dès 1992, la Cour de cassation a élargi l'éventail des causes justificatives d'un licenciement pour motif économique en énonçant qu'« *à la condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise, une réorganisation de celle-ci peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emplois ou d'une modification substantielle du contrat de travail* »³.

¹ Art. 107 de la loi de modernisation sociale, préc.

² Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC, préc., cons. 49.

³ Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, Bull. civ. V, n° 223.

Loin d'être exempte de critiques, la référence à l'intérêt de l'entreprise soulevait un certain nombre de difficultés. D'une part, l'intérêt de l'entreprise est un standard juridique aux contours insaisissables qui « s'apparente plus à une formule de style qu'à un critère de contrôle efficace »¹. D'autre part, et surtout, la notion d'intérêt de l'entreprise n'est guère pertinente pour apprécier la légitimité d'une décision de restructuration consistant à prononcer des licenciements puisque toute décision du chef d'entreprise doit en principe être guidée par l'intérêt de l'entreprise. Boussole de l'action patronale, l'intérêt de l'entreprise ne saurait justifier à lui seul une compression d'effectifs. Dès lors que la réorganisation porte atteinte à un droit constitutionnel tel que le droit à l'emploi, l'employeur est tenu de poursuivre un objectif spécifique, distinct de l'intérêt de l'entreprise ; sauf à considérer le licenciement pour motif économique comme un acte de gestion courante, ce qu'à notre sens il ne doit en aucun cas être.

Prenant acte des inconvénients induits par la référence à l'intérêt de l'entreprise, et dans le souci d'instaurer un contrôle plus étroit des ruptures pour motif économique, la Cour de cassation y a substitué, dès 1995, une formule plus exigeante : « *lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité* »². Par conséquent, l'intérêt de l'entreprise ne saurait constituer une cause économique légitimant une compression d'effectif³, pas plus que la réorganisation mise en œuvre dans le but d'une meilleure gestion de l'entreprise⁴. Reste toutefois à déterminer ce que recouvre l'expression de « *réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité* » éminemment plus économique que juridique.

321. Notion de sauvegarde de la compétitivité. Il ressort de l'étude de la jurisprudence et de la doctrine que la notion de compétitivité ne saurait être dissociée de celle de concurrence dans la mesure où la compétition implique par essence l'existence de concurrents⁵. Pour qu'une entreprise reste compétitive, il est donc indispensable qu'elle

¹ M. HENRY, « La notion de motif économique », Dr. soc. 1995, p. 557.

² Cass. soc., 5 avr. 1995, Bull. civ. V, n° 123 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 114 ; D. 1995, 503, note M. KELLER ; D. 1995, somm. 367, obs. I. de LAUNAY-GALLOT ; Dr. soc. 1995, p. 482, note P. WAQUET ; RJS 1995, n° 497 ; JCP G 1995, II, 22443, note G. PICCA ; JCP E 1995, I, 499, n° 3, obs. P. COURSIER ; G. LYON-CAEN, « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », Dr. soc. 1995, p. 489.

³ Cass. soc., 13 mai 2003, RJS 2003, n° 1135 ; Cass. soc., 23 nov. 1999, Bull. civ. V, n° 454 ; Dr. soc. 2000, p. 216, obs. C. RADÉ.

⁴ Cass. soc., 17 oct. 2006, RJS 12/06, n° 1266 ; Cass. soc., 14 mai 1997, Bull. civ. V, n° 177.

⁵ V. not. B. BOUBLI, « La sauvegarde de la compétitivité », Dr. soc. 2004, p. 1096 ; J. PELISSIER, D. 2006, p. 1015 ; G. LYON-CAEN, art. préc.

s'adapte aux évolutions du marché sur lequel elle intervient. Faire face aux exigences de la concurrence peut impliquer la remise en cause de l'organisation de sa production, la nécessité de développer certains secteurs porteurs, d'abandonner la fabrication de produits qui ne sont plus rentables, ou encore rendre indispensables des investissements en matière de recherche et de développement afin de créer des produits plus innovants et avec eux de nouveaux besoins induisant de nouveaux clients. Il est ainsi impossible de s'intéresser à la compétitivité d'une entreprise *in abstracto*, elle est indissociable du contexte concurrentiel dans lequel l'entreprise évolue. Ce n'est qu'à la condition de rester compétitive que l'entreprise demeurera concurrentielle ; étant précisé que l'application de cette jurisprudence ne se limite pas aux entreprises à but lucratif¹. En effet, la vocation non lucrative d'une structure n'interdit pas la réalisation de bénéfices mais seulement leur distribution, ce qui n'exclut en rien l'existence d'un environnement concurrentiel.

322. Sauvegarder n'est pas améliorer. Consciente de la nécessité de permettre aux entreprises de se restructurer pour préserver leur compétitivité, la Cour de cassation a donc créé ce motif économique autonome, susceptible de fonder le prononcé de licenciements. Pour autant, elle a choisi son vocabulaire avec soin : il s'agit de **sauvegarder** la compétitivité, **en aucun cas de l'améliorer** ou de l'accroître. Censurant tout licenciement d'économie, la Cour de cassation condamne les licenciements consécutifs à une réorganisation de l'entreprise mise en œuvre pour augmenter les profits et remettre en cause une situation acquise jugée trop favorable aux salariés². De ce point de vue, jurisprudences administrative et judiciaire sont en totale harmonie puisque si le Conseil d'État admet la réorganisation de l'entreprise comme cause autonome de licenciement, ce n'est qu'à la condition que celle-ci soit nécessaire à la

¹ Une fondation à but non lucratif gérant un établissement de santé peut ainsi invoquer la nécessité de sauvegarder sa compétitivité à l'appui d'une réorganisation entraînant des licenciements (Cass. soc., 8 juil. 2009, Bull. civ. V, n° 173 ; RJS 2009, n° 776). Il convient de signaler que si dans le domaine de la santé le contexte concurrentiel apparaît évident, tel n'est pas forcément le cas pour d'autres activités à but non lucratif dans le secteur sanitaire et social ou culturel. La Cour de cassation autorise donc les juges du fond à adapter en quelque sorte la notion de sauvegarde de la compétitivité. Ainsi elle a approuvé une Cour d'appel ayant débouté une salariée de ses demandes de dommages et intérêts pour licenciement abusif après avoir « énoncé que **la sauvegarde de la compétitivité d'une association se résume à assurer sa pérennité au regard du strict équilibre entre les recettes et les dépenses** et qui a relevé, par une interprétation souveraine des éléments soumis à son examen, que la réorganisation avait suscité l'apport des subventions dont l'association avait besoin pour survivre », Cass. soc., 2 avr. 2008, RJS 6/08, n° 651.

² Cass. soc., 30 sept. 1997, Bull. civ. V, n° 291 ; Dr. soc. 1997, p. 1098, obs. G. COUTURIER ; RJS 1997, n° 1297. De même, ne saurait justifier des licenciements une restructuration répondant moins à une nécessité économique qu'au désir de l'employeur de privilégier le niveau de rentabilité de l'entreprise au détriment de la stabilité de l'emploi (Cass. soc., 1^{er} déc. 1999, Bull. civ. V, n° 466 ; RJS 2000, n° 159 ; en ce sens également Cass. soc., 6 mars 2007, p. 312, obs. P. WAQUET) Il en va de même des licenciement consécutifs à une réorganisation destinée à optimiser la rentabilité de l'entreprise et à accroître les profits du groupe, en ce sens Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 10-11.548, inédit, Rev. proc. coll. 2011, n° 6, comm. 192, F. TAQUET.) ou celle consistant à délocaliser la production en raison d'incitations financières et fiscales attractives (Cass. soc., 18 sept. 2007, RDT 2007, p. 654, obs. P. WAQUET.)

sauvegarde de la compétitivité, à l'exclusion de toute autre raison. Ainsi, un simple « *tassement d'activité* » et le désir d'augmenter la productivité ne saurait légitimer une restructuration destructrice d'emplois¹.

La seule volonté d'améliorer la compétitivité, en l'absence de difficultés économiques, ne peut donc justifier le prononcé de licenciements, ce qui est parfaitement logique comme le souligne Patrick MORVAN, « l'accroissement de la compétitivité est (...) le but ordinaire de l'activité d'une entreprise. Ce but doit être poursuivi avec l'ensemble des salariés, en « rythme de croisière » et non au travers d'une restructuration entraînant une compression des effectifs, qui doit rester un accident de la vie économique »². Pour qu'en dehors de difficultés économiques actuelles ou de mutations technologiques, l'employeur puisse mettre en œuvre une restructuration destructrice d'emplois, il est donc nécessaire qu'une **menace** pèse sur la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient le cas échéant ; à défaut les licenciements seront dépourvus de cause réelle et sérieuse³.

De ce point de vue, jurisprudences judiciaire et administrative sont en accord dans la mesure où le Conseil d'État affirme également « *que si la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise peut constituer un [motif économique de licenciement], c'est à la condition que soit établie une menace pour la compétitivité de l'entreprise, laquelle s'apprécie, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, au niveau du secteur d'activité dont relève l'entreprise en cause au sein du groupe* »⁴. Ce n'est donc que si un risque réel et sérieux assombrit l'avenir compétitif de l'entreprise que celle-ci pourra mettre en œuvre une réorganisation se traduisant par des licenciements pour motif économique, risque ou menace dont l'existence doit être vérifiée par les juges du fond⁵. Comme l'écrivait Gérard LYON-CAEN « dans sauvegarder, il y a sauver », toutefois à la différence de ce qu'il pensait, la Cour de cassation ne subordonne pas la légitimité de la restructuration destructrice d'emploi au fait que la survie de l'entreprise soit en jeu⁶. En effet, si « dans sauvegarder, il y a sauver »⁷, il y a également « garder » c'est-à-dire conserver, préserver, défendre⁸. Qu'il s'agisse de la compétitivité ou de l'emploi, c'est dans leur aspect défensif qu'ils sont appréhendés par la Cour de cassation lorsqu'elle

¹ CE, 8 mars 2006, rec. Lebon 2006, 116 ; Dr. soc. 2006, p. 857, concl. R. KELLER ; JCP E 2006, 1991, note R. KELLER ; JCP E 2006, 2418, obs. F. RENEAUD.

² P. MORVAN, note sous Cass. soc. 11 janv. 2006, JCP E 2006, 1310.

³ Cass. soc., 29 janv. 2003, RJS 4/03, n° 428 ; CE, 8 mars 2006, préc. ; Cass. soc., 9 déc. 2009, n° 08-44.997, inédit ; Cass. soc., 15 janv. 2003, n° 00-44.793, inédit ; Cass. soc., 14 déc. 2011, Bull. civ., n° 295.

⁴ CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 12 mars 2014, n° 368282, mentionné aux tables du recueil Lebon.

⁵ CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 12 mars 2014, préc.

⁶ G. LYON-CAEN, art. préc.

⁷ G. LYON-CAEN, art. préc.

⁸ En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, note sous Cass. soc., 11 janv. 2006, *Pages jaunes*, JCP S 2006, 1076.

approuve le prononcé de licenciements dans le cadre d'une restructuration nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité¹.

323. Sauvegarder c'est anticiper, prévenir, faire face à une menace. C'est cette philosophie qui irrigue les très décriés, et pourtant très pédagogues, arrêts *Pages jaunes*, dans lesquels, après avoir rappelé qu'une restructuration destructrice d'emploi est légitime et que les licenciements sont justifiés dès lors qu'*« elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient »*, la Cour de cassation précise que *« répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement »*². Elle approuve dès lors les juges du fond d'avoir *« retenu qu'il ne pouvait être reproché à l'employeur d'avoir anticipé des difficultés économiques prévisibles et mis à profit une situation financière saine pour adapter ses structures à l'évolution de son marché dans les meilleures conditions »*³.

Ces arrêts ont suscité un vif tollé, certains médias généralistes estimant que la Cour de cassation faisait sauter « l'un des derniers verrous de la protection des salariés »⁴. Tel n'est évidemment pas le cas, la Cour de cassation, dans un communiqué publié sur Internet, nie l'existence d'un revirement de jurisprudence, ce qui n'empêchera pas par la suite les interprétations fantasmagoriques erronées des journalistes non spécialisés. Après avoir rappelé que la nécessité de sauvegarder la compétitivité est une cause autonome de licenciement exclusive de l'existence de difficultés économiques actuelles⁵, elle précise la finalité même de l'admission de ce motif pour fonder une restructuration destructrice d'emplois. Il s'agit de se placer dans *« une optique de prévention »*⁶, afin de permettre aux

¹ En ce sens, P. WAQUET, « Emploi et profit », RJS 2006, p. 351.

² Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 05-40.977 et n° 04-46.201, Bull. civ. V, n° 10 ; JCP S 2006, 1076, note F. FAVENNEC-HERY ; JCP E 2006, 1309, note S. BEAL et A. FERREIRA ; JCP E 2006, 1310, note P. MORVAN ; LPA 2006, n° 15, p. 3, note G. PICCA et A. SAURET ; SSL 2006, n° 1244, p. 12, rapp. M.-L. MORIN ; SSL 2006, n° 1244, p. 5, note G. COUTURIER ; RJS 3/06, p. 187, note J.-Y. FROUIN.

³ Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-46.201, préc.

⁴ M. DELBERGHE, « La justice redéfinit le licenciement économique », Le Monde du 15-16 janv. 2006, p.8.

⁵ La Cour de cassation affirme en effet qu'*« en énonçant tout d'abord que la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ne suppose pas l'existence de difficultés économiques actuelles, les trois arrêts de la Chambre sociale confirment la jurisprudence antérieure qui admettait la prise en compte d'évolutions de l'entreprise postérieures au licenciement »* (Cass. soc., 26 mars 2002, Bull. civ. V, n° 106.). En effet, dès 1995 dans l'arrêt *Vidéocolor* la Cour de cassation faisait de la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité une cause de licenciement autonome, exclusive de l'existence de difficultés économiques actuelles (Cass. soc., 5 avr. 1995, préc.). Cass., communiqué sur les arrêts *Pages jaunes*, JCP S 2006, 1104.

⁶ Cass., communiqué sur les arrêts *Pages jaunes*, JCP S 2006, 1104.

chefs d'entreprise de profiter d'une situation financière saine pour mettre en œuvre une restructuration afin de faire cesser la menace de difficultés futures qui pèse sur l'entreprise (ou le secteur d'activité du groupe) du fait de l'évolution du marché sur lequel elle intervient et des contraintes de la concurrence.

324. Gouverner c'est prévoir¹, diriger une entreprise aussi. Cette philosophie est également celle qui irrigue la censure par le Conseil constitutionnel de l'article 107 de la loi de modernisation sociale qui voulait introduire dans la définition du licenciement pour motif économique une nouvelle cause : la réorganisation « *indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise* »². Les sages condamnèrent cette définition qui portait une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre en ce qu'elle interdisait notamment aux chefs d'entreprise « *d'anticiper des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants* »³.

Il s'agit de se prémunir contre une menace sur la compétitivité, les arrêts *Pages jaunes* ne constituent donc en rien un revirement de jurisprudence. En témoignent d'ailleurs les arrêts postérieurs dans lesquels est mise en exergue la nécessité pour l'employeur de démontrer l'existence de circonstances mettant en danger la compétitivité de l'entreprise⁴. La Cour de cassation est sur ce point intransigeante, censurant des juges du fond qui statuent « *par des motifs d'ordre général impropres à caractériser l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité* » du groupe dont relève l'entreprise⁵.

325. Nécessité de prouver la menace. La Cour de cassation « *n'affirme nullement que pourraient être justifiés par [la sauvegarde de la compétitivité] des licenciements économiques effectués pour prévenir des difficultés économiques sans autre justification. En relevant que les difficultés économiques à venir étaient liées à des mutations technologiques, [elle] indique que la source des difficultés futures doit être démontrée et appelle des mesures d'anticipation* »⁶. Ainsi, la Cour de cassation insiste sur la nécessité pour l'employeur de

¹ E. de GIRARDIN.

² Art. 107 de la loi de modernisation sociale, préc.

³ Cons. const., déc. n° 2001-455 DC, préc., cons. 48.

⁴ Cass. soc., 31 mai 2006, Bull. civ. V, n° 200 ; RDT 2006, p. 102, obs. P. WAQUET ; SSL 2006, n° 1265, obs. F. CHAMPEAUX ; Cass. soc., 9 déc. 2009, n° 08-44.997, inédit. Pour un panorama des hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation estime que les licenciements ont, ou non, une cause réelle et sérieuse, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 513 et s.

⁵ Cass. soc., 21 fév. 2007, n° 04-48.794, RJS 5/07, n° 569.

⁶ Cass., communiqué sur les arrêts *Pages jaunes*, préc.

rapporter la preuve d'un risque réel et sérieux en présentant des éléments concrets, précis, de nature à caractériser l'existence d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise, faute de quoi le licenciement sera injustifié¹. Ainsi, l'apparition d'un nouvel acteur sur le marché², la concurrence de sociétés étrangères dont les prix de vente sont inférieurs et la production supérieure³, ou l'obligation de tenir compte de facteurs concurrentiels locaux⁴, sont à même de caractériser l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise. Il est donc indispensable que l'employeur soit à même de produire devant les juges du fond des éléments relatifs à l'avènement d'un ou plusieurs événements identifiables de nature à prouver l'existence d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise, où, le cas échéant du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient⁵.

326. Le périmètre d'appréciation de la nécessité de sauvegarder la compétitivité est en effet identique à celui défini en matière de difficultés économiques⁶, à l'instar du cadre temporel. Ainsi, si le juge doit se placer à la date des licenciements pour apprécier si la réorganisation s'avérerait ou non nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, il peut également tenir compte d'éléments postérieurs au prononcé des licenciements⁷. Il appartient donc à l'employeur de démontrer au juge que, si la situation de l'entreprise était saine au moment du prononcé des ruptures, elle était appelée dans l'avenir à se dégrader si la restructuration consistant à prononcer des licenciements n'était pas mise en place. Le juge doit ainsi vérifier l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise sans pour autant qu'il soit indispensable que celle-ci soit déjà atteinte. Il appartient aux juges du fond non seulement de s'assurer de la réalité du danger guettant l'avenir compétitif de l'entreprise mais aussi de contrôler que la restructuration mise en place par l'employeur est bien

¹ Cass. soc., 17 oct. 2007, n° 06-42.811, inédit.

² Cass. soc., 2 fév. 2011, n° 09-69.520, inédit.

³ Cass. soc., 7 juil. 2009, RJS 2009, n° 774.

⁴ Cass. soc., 12 oct. 2004, n° 02-40.196, inédit. Il en va de même de la nécessité de s'adapter aux évolutions technologiques (Cass. soc., 11 janv. 2006, préc.) ou lorsque l'employeur démontre que « *l'évolution du marché des pneumatiques, la baisse des prix de ces produits et l'augmentation du coût des matières premières, plaçaient l'entreprise dans l'impossibilité de réaliser les investissements qui étaient nécessaires pour remédier à la faible dimension des sites de production par rapport à ceux des concurrents et à la diversification excessive des fabrications, et que cette situation lui imposait de se réorganiser pour pouvoir affronter la concurrence* » (Cass. soc., 21 nov. 2006, Goodyear, Bull. civ. V, n° 349 ; Dr. soc. 2007, p. 114, obs. G. COUTURIER.).

⁵ Cass. soc., 5 avr. 1995, préc. ; CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 12 mars 2014, préc.

⁶ Ainsi, en présence d'une entreprise autonome à structure complexe c'est au niveau de cette dernière, à l'exclusion du niveau du seul établissement, que la nécessité de sauvegarder la compétitivité sera appréciée. En cas d'entreprise appartenant à un groupe c'est à ce niveau là que le contrôle sera effectué sauf si le groupe est divisé en plusieurs secteurs d'activité, auquel cas c'est au niveau du secteur dont relève l'entreprise que sera vérifiée l'existence d'une menace sur la compétitivité.

⁷ Cass. soc. 26 mars 2002, Bull. Civ. V, n° 106 ; RJS 2002, n° 665.

nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Ils doivent ainsi constater la proportionnalité entre la menace et les suppressions ou transformations d'emplois ou modification des contrats de travail induites par la réorganisation, sans pour autant s'immiscer dans la gestion de l'entreprise.

327. Limites du contrôle judiciaire. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a en effet fixé les limites du contrôle judiciaire de la cause économique de licenciement dans l'arrêt *SAT*¹. En l'espèce, la compétitivité de l'entreprise était menacée et l'employeur avait envisagé trois projets de restructuration pour y remédier se traduisant par des compressions d'effectifs plus ou moins importantes (de 86 à 318 licenciements). Ces trois projets furent examinés avec le comité d'entreprise, mais l'employeur retint la solution socialement la plus coûteuse en fermant le site. La Cour d'appel de Riom estima que « *la pérennité de l'entreprise et le maintien de sa compétitivité étant assurés dans les trois hypothèses envisagées de réorganisation, l'entreprise en choisissant la solution (...) de la fermeture du site (...) n'[avait] pas intégré dans ses calculs, comme elle en avait cependant l'obligation, le concept de préservation de l'emploi et [avait] donc excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur considéré de l'entreprise* », les ruptures étant ainsi selon elle dépourvues de cause réelle et sérieuse².

L'Assemblée plénière censura cette position estimant que dès lors que la Cour d'appel avait constaté que la réorganisation était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, condition remplie dans les trois hypothèses envisagées par l'employeur, « *il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles* »³. Réminiscence de la théorie de « l'employeur seul juge »⁴, l'arrêt *SAT* illustre le souci de l'Assemblée plénière de préserver la liberté d'entreprendre de l'employeur conçue comme la liberté de choisir entre différentes alternatives celle qu'il considère la plus à même de réaliser l'objectif fixé à la restructuration.

¹ Cass. Ass. pl., 8 déc. 2000, *SAT*, Bull. Ass. pl., n° 11 ; GADT, 4ème éd., n° 115 ; Dr. soc. 2001, p. 126, concl. P de CAIGNY, note A. CRISTAU ; JCP E 2001, p. 426, note F. DUQUESNE ; RJS 2001, p. 567, chron. P. WAQUET ; A. JEAMMAUD et M. Le FRIANT, « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », Dr. soc. 2001, p. 417 ; G. COUTURIER, « Licenciement économique : choix de l'employeur et contrôle du juge », Liais. soc. mag., fév. 2001, p. 58 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Le motif économique de licenciement : les limites du contrôle judiciaire », RJS 2001, p. 95.

² CA Riom, 1^{er} juil. 1997.

³ Cass. Ass. pl., 8 déc. 2000, *SAT*, préc.

⁴ Cass. soc., 15 janv. 1960, Bull. civ. V, n° 49 : « *l'employeur [...] est seul juge de savoir quels sont les salariés qu'il doit conserver dans l'intérêt de son entreprise* » ; en ce sens déjà Cass. soc., 31 mai 1956, *Brinon*, JCP 1956, II, 9397, note P. ESMEIN ; D. 1958, p. 21, note G. LEVASSEUR ; Cass. soc., 27 janv. 1971, Bull. civ. V, n° 54 ; Cass. soc., 18 déc. 1972, Bull. civ. V, n° 695.

Cette solution a depuis lors été réitérée à plusieurs reprises, la Cour de cassation ayant usé de différentes formules interdisant aux juges du fond de « *substituer leur appréciation* » à celle de l'employeur¹, ou encore « *d'arbitrer entre les différentes solutions possibles* »², formulation particulièrement maladroite en ce qu'elle revient en quelque sorte à empêcher les juges de remplir leur mission qui consiste bien à arbitrer c'est à dire à trancher en qualité de tiers extérieur au litige³. En tout état de cause, la volonté de limiter l'immixtion des juges dans les choix de l'entrepreneur afin d'éviter que ces derniers ne portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre légitime l'impuissance du droit social face aux restructurations en condamnant toute évaluation judiciaire des choix de gestion retenus par la direction de l'entreprise peu important qu'ils détruisent de nombreux emplois. Cette solution cantonne le droit social dans un rôle de gestionnaire des conséquences sociales des restructurations en écartant le maintien de l'emploi des variables à impérativement prendre en compte lorsqu'est arrêtée une décision de restructuration. Cette solution est de ce point de vue critiquable à plusieurs égards.

En effet, en interdisant aux juges du fond de s'intéresser aux différentes options envisagées par l'employeur pour sauvegarder la compétitivité dès lors qu'ils établissent qu'une menace pèse sur elle, cette jurisprudence réduit le contrôle judiciaire à la simple constatation de l'existence d'un péril. Or pour que les licenciements pour motif économique soient fondés il est impératif, certes que la compétitivité soit menacée et que cette menace soit suffisamment importante pour justifier une réorganisation, mais aussi que cette dernière, et les licenciements qui en découlent, soient à même de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Ainsi, lorsque des difficultés économiques sont invoquées à l'appui d'un licenciement, les juges doivent non seulement s'assurer de l'existence de ces difficultés mais aussi du fait qu'elles sont suffisamment graves pour légitimer les licenciements⁴. Or rien ne justifie que la sauvegarde de la compétitivité bénéficie d'un contrôle judiciaire allégé par rapport aux difficultés économiques.

¹ Cass. soc., 5 avr. 2005, n° 02-42.604, inédit ; Cass. soc., 8 juil. 2009, Bull. civ. V, n° 173 ; RDT 2009, p. 589, obs. F. GÉA ; RJS 2009, n° 776.

² Cass. soc., 20 juin 2007, n° 05-45.924, inédit, RDT 2007, obs. A. FABRE.

³ En ce sens, F. GÉA, obs. préc.

⁴ Il convient de mentionner un arrêt dans lequel la Cour de cassation énonce que dès lors que les juges ont constaté l'existence de difficultés économiques sérieuses, ils n'ont pas à contrôler le choix effectué par l'employeur de supprimer une catégorie particulière de postes. Cet arrêt à la différence de l'arrêt *SAT* ne peut que susciter l'adhésion, le rôle du juge n'est aucunement de décider en lieu et place de l'employeur les catégories de postes qu'il est le plus opportun de supprimer, dès lors qu'il est établi que les difficultés économiques imposent la suppression de postes. Cass. soc., 14 sept. 2010, n° 09-66.657, JCP S 2010, 1455, note T. LAHALLE.

Par ailleurs, si la menace est avérée encore faut-il s'assurer que les licenciements prononcés, **tous les licenciements**, sont nécessaires pour faire disparaître le danger qui guette l'entreprise. Or, si l'employeur a envisagé plusieurs solutions de restructuration, toutes à même de préserver la compétitivité de l'entreprise, seule la restructuration la moins destructrice d'emplois est réellement justifiée par la nécessité de sauvegarder la compétitivité. De ce point de vue, la motivation de la Cour d'appel de Riom, particulièrement inappropriée, explique sans doute la solution retenue par l'Assemblée plénière. En effet, comment trois réorganisations pourraient-elles chacune être nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité ? Le concept même de nécessité implique qu'« *il ne peut pas être autrement* »¹. Dès lors, que l'un des projets ne prévoyait que 86 licenciements seules ces ruptures étaient véritablement nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité. En fermant le site, et en prononçant 318 ruptures, l'employeur a notifié plus de 200 licenciements dont le motif n'était pas la nécessité de sauvegarder la compétitivité.

Cette solution est donc critiquable en ce qu'elle légitime le prononcé de licenciements dont on ignore la cause. Interdire aux juges de prendre en considération les autres alternatives envisagées par l'employeur pour sauvegarder la compétitivité fait obstacle à ce qu'ils remplissent la mission qui leur est assignée par l'article L. 1235-1 du Code du travail puisque seule cette prise en compte des différentes options permet de révéler que les licenciements qu'un autre projet aurait permis d'éviter ont *de facto* une cause étrangère à la nécessité de sauvegarder la compétitivité.

Enfin, cette solution est à contre-courant de la philosophie qui irrigue le droit du licenciement pour motif économique conçu comme l'ultime remède quand aucune autre solution n'est possible². Un employeur ne peut prononcer de licenciements pour motif économique qu'à la stricte condition de se trouver dans l'impossibilité de reclasser les salariés³, voire lorsqu'il envisage de prononcer un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins, d'avoir établi un plan de sauvegarde de l'emploi dont la finalité est notamment d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre⁴. La doctrine de la Cour de cassation, en interdisant aux juges de prendre en compte les solutions alternatives, les bride au point de les empêcher d'exercer véritablement le contrôle de la légitimité des licenciements. Comme le rappelle Gérard COUTURIER « on ne saurait établir

¹ Définition issue du *Trésor de la Langue Française Informatisé*.

² En ce sens, G. COUTURIER, art. préc.

³ Art. L. 1233-4 C. trav.

⁴ Art. L. 1233-61, C. trav.

une séparation radicale entre le moment où il s'agit de contrôler la justification d'une réorganisation et celui où il s'agit de se prononcer sur les possibilités de reclassement »¹. Comment un juge pourrait-il véritablement s'assurer du respect par l'employeur de son obligation de reclassement, et partant de la justification du licenciement économique, sans que l'employeur ne soit amené à s'expliquer sur d'éventuelles solutions alternatives qu'il a lui-même envisagées ? Le problème s'apparente à la recherche de la quadrature du cercle.

328. En tout état de cause, si critiquable soit-elle, cette position de la Cour de cassation a été en quelque sorte consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la loi de modernisation sociale dans laquelle il a censuré la tentative de redéfinition de la cause économique au motif qu'elle aurait « *conduit le juge non seulement à contrôler, (...), la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise (...), mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles* »². Les Sages ont également repris cette formule dans la décision relative à la loi dite « Florange » décision éminemment contestable³, et contestée⁴, qui repose sur des considérations politiques « travesties » derrière des arguments juridiques fallacieux reposant sur un raisonnement syllogistique critiquable et un mésusage du contrôle de proportionnalité⁵.

¹ G. COUTURIER, art. préc.

² Cons. const., déc. n° 2001-455, préc.

³ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, JO du 1^{er} avril 2014, p. 6227 ; sur cette loi V. G. NOTTE, « Loi « Florange » n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle », JCP E 2014, act. 269 ; R. DALMASSO, « Le désamorçage de l'obligation de recherche d'un repreneur – Libres propos après la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014 », SSL, 214, n° 1625 ; R. DUPIRE et D. CHATARD, « Fermeture d'un établissement et recherche d'un repreneur », JCP S 2014, 1194 ; C. WILLMANN, « Recherche d'un repreneur en cas de fermeture d'un site : une nouvelle obligation, au champ d'application très restreint, et pratiquement pas sanctionnée », Lexbase hebdo, éd. soc. 2014, n° 566, N° LXB : N1715BU3 ; J.-P. CHAZAL, art. préc. ; T. SACHS et S. VERNAC, art. préc.

⁴ Cons. const., déc. n° 2014-692, du 27 mars 2014, JO du 1^{er} avr. 2014, p. 6232, sur cette décision V. P.-A. ANTONMATTEI, « L'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement : censure partielle du Conseil constitutionnel », Dr. soc. 2014, p. 574, C. RADÉ, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la liberté d'entreprendre (à propos de la décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, Loi visant à reconquérir l'économie réelle) », Lexbase hebdo, éd. soc. 2014, n° 566, N° LXB : N1701BUK ; pour des critiques virulentes de cette décision V. T. SACHS et S. VERNAC, « La fondamentalisation d'un ordre libéral – À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014, loi sur la reconquête de l'économie réelle », RDT 2014, p. 528 ; A. FABRE, « La promesse présidentielle de « Florange » à l'épreuve du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre », Constitutions 2014, p. 204 ; J.-P. CHAZAL, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », D. 2014, p. 1101, pour un avis contraire et une critique virulente de ce article V. L. D'AVOUT, « La liberté d'entreprendre eu bûcher ? – Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », D. 2014, p. 1287, sur la réponse de J.-P. CHAZAL à L. D'AVOUT, V. J.-P. CHAZAL, « Réponse d'un faux « politiste » à un vrai juriste », consultable à l'adresse suivante http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/140610_Reponse%20faux%20politiste.pdf

⁵ V. *supra* n° 44 et s.

329. Si les juges du fond ne peuvent contrôler le choix effectué par l'employeur entre les différentes restructurations envisagées, le contournement de cette interdiction est relativement aisé puisqu'il leur suffit de motiver leur décision en énonçant que la réorganisation destructrice d'emplois n'était pas nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. On peut ainsi supputer que la Cour d'appel de Riom n'aurait sans doute pas été censurée par la Cour de cassation si elle avait constaté l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements en arguant que la fermeture du site n'était pas nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

Au-delà de cet aspect négatif de la jurisprudence relative aux limites du contrôle judiciaire des licenciements, on ne peut que saluer l'inventivité et l'audace dont la Cour de cassation a fait preuve en dégageant au-delà des causes visées par l'article L. 1233-3 du Code du travail la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise comme motif légitime de rupture. Il est en effet indispensable de permettre aux employeurs de profiter de la bonne santé économique de leur entreprise pour anticiper sur de futures difficultés susceptibles de mettre en cause sa compétitivité. Mieux vaut en effet pouvoir mettre en œuvre une restructuration le plus en amont possible de futures difficultés, dès que la direction de l'entreprise a connaissance de la menace qui pèse sur sa compétitivité afin de limiter les coûts sociaux plutôt que d'agir lorsque l'entreprise connaît déjà des difficultés. En clair, « mieux vaut prévenir que guérir ».

Outre la sauvegarde de la compétitivité, la présence de l'adverbe « *notamment* » a permis à la Cour de cassation d'inclure dans les causes économiques de licenciement la cessation de l'activité de l'entreprise.

D - La cessation d'activité de l'entreprise cause autonome de licenciement inappropriée en cas d'appartenance à un groupe

Si la cessation de l'entreprise est envisagée comme cause de rupture du contrat de travail depuis longtemps aux articles L. 1234-7 et L. 1234-10 du Code du travail qui prévoient respectivement que la cessation de l'entreprise ne libère l'employeur ni de l'obligation de respecter le préavis, ni de celle de verser, s'il y a lieu, l'indemnité de licenciement¹, il aura fallu attendre l'arrêt *Morvant* du 16 janvier 2001 pour que la Cour de cassation consacre la cessation d'activité comme cause autonome de licenciement pour motif économique (1). À la différence des autres causes économiques de licenciement, la cessation d'activité constitue une cause économique réelle et sérieuse de licenciement dès lors qu'elle est constatée au niveau de l'entreprise sans que les juges ne puissent en contrôler l'origine, ce qui n'est pas sans comporter un risque d'instrumentalisation de cette cause de rupture par des groupes peu scrupuleux (2).

1 - La cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise, cause légitime de licenciement

330. Cessation totale et définitive de l'activité étrangère à la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur. Dans l'arrêt *Morvant*, la Cour de cassation a énoncé « *qu'ayant exactement rappelé que l'énumération des motifs économiques de licenciement par l'article [L. 1233-3] du Code du travail n'est pas limitative, la Cour d'appel a retenu à bon droit que la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constituait un motif économique de licenciement au sens du texte précité* »². Après cet arrêt fondateur, la Cour de cassation a précisé les conditions nécessaires

¹ Dans la mesure où la cessation de l'entreprise ne dispense pas l'employeur du respect de l'obligation de préavis (art. L. 1234-7 C. trav.), il est tenu de verser l'indemnité compensatrice de préavis en cas d'inexécution de ce dernier à moins que la rupture du contrat résulte d'un cas de force majeure (art. L. 1234-12 C. trav.) ne découlant pas d'un sinistre hypothèse dans laquelle il est en revanche tenu de verser une indemnité équivalente (art. L. 1234-13 C. trav.). Par ailleurs, la cessation de l'entreprise ne dispense pas l'employeur du versement de l'indemnité de licenciement (art. L. 1234-10 C. trav.) à moins que cette cessation ne résulte d'un cas de force majeure (art. L. 1234-12 C. trav.) ne découlant pas d'un sinistre, hypothèse dans laquelle l'employeur doit verser une indemnité compensatrice d'un montant équivalent à l'indemnité de licenciement (art. L. 1234-13 C. trav.)

² Cass. soc., 16 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 10 ; D. 2001, IR 523 ; Dr. soc. 2001, p. 416 ; J. SAVATIER, « La cessation d'activité de l'entreprise motif économique de licenciement », Dr. soc. 2001, p. 413 ; RJS 2001, n° 294.

à l'admission de la cessation d'activité comme cause légitime de licenciement pour motif économique.

Cause autonome de rupture, la cessation d'activité doit donc être distinguée de la restructuration, ou réorganisation, de l'entreprise qui ne peut fonder des ruptures que si elle résulte de difficultés économiques, de mutations technologiques ou de la nécessité de sauvegarder la compétitivité. Ainsi, seule une cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise est à même de justifier le prononcé de licenciements pour motif économique¹. Une cessation partielle des activités d'une entreprise², une fermeture temporaire³ ou celle d'un seul établissement⁴ ne constituent pas une cause autonome de licenciement et doivent donc reposer sur un autre motif économique légitime⁵. Cette solution ne peut qu'être approuvée en ce que la fermeture d'une partie de l'entreprise seulement ou le simple abandon de certaines activités ne constitue rien d'autre qu'une restructuration susceptible de justifier des ruptures à la stricte condition d'être fondée sur une cause économique légitime.

Si la cessation d'activité est à même de fonder le prononcé de licenciements pour motif économique, la cause de la cessation elle-même est en principe indifférente, à moins qu'elle ne résulte d'une faute de gestion imputable à l'employeur⁶. Sont donc dépourvues de cause réelle et sérieuse les ruptures consécutives à une cessation d'activité due aux manquements de l'employeur ayant entraîné la résiliation du bail commercial et la fermeture de l'unique établissement⁷.

331. Le Conseil d'État a également admis dans un arrêt du 8 avril 2013 que la cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise constitue une cause autonome de licenciement d'un salarié protégé et précisé la mission de l'inspecteur du travail dans une telle

¹ Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 07-44.306, inédit ; Cass. soc., 10 oct. 2006, Bull. civ. V, n° 296 ; RJS 12/06, n° 1250.

² Cass. soc., 29 juin 2005, RJS 10/05, n° 964.

³ Cass. soc., 15 oct. 2002, D. 2002, IR 2914 ; Dr. soc. 2002, p 1156, obs. F. DUQUESNE.

⁴ Cass. soc., 14 déc. 2005, RJS 2/06, n° 181 ; Cass. soc., 16 mars 2004, RJS 2004, n° 667, 1^{ère} esp. ; Cass. soc., 15 janv. 2003, RJS 2003, n° 327, 2^{ème} esp.

⁵ Cass. soc., 10 oct. 2006, préc.

⁶ Cass. soc., 16 janv. 2001, préc.

⁷ Cass. soc., 2 juin 2009, n° 08-41.747, inédit. Il en va de même des licenciements consécutifs à la cessation de l'activité de l'entreprise résultant d'une décision ministérielle refusant le renouvellement de l'autorisation d'exploitation de l'entreprise, ce refus étant fondé sur le mauvais choix par la société de son dirigeant dont elle ne pouvait ignorer les antécédents judiciaires (Cass. soc., 26 janv. 1994, Bull. civ. V, n° 26.). Se rend également coupable de légèreté blâmable, l'employeur cessionnaire d'une activité exercée dans des locaux nécessitant une mise aux normes qui avaient engagé des salariés après avoir accepté de « *faire son affaire de l'agrément de la commission de sécurité compétente sans avoir sur ce point la moindre garantie, puis avait fait preuve de carence à l'égard du propriétaire s'agissant des travaux nécessaires* » privant ainsi les licenciements de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 10 mai 2005, RJS 2005, n° 720).

hypothèse¹. « Dans le cas où la demande d'autorisation de licenciement présentée par l'employeur est fondée sur un motif de caractère économique, il appartient à l'inspecteur du travail (...) de rechercher (...) si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié ; qu'à ce titre, lorsque la demande est **fondée sur la cessation d'activité de l'entreprise, celle-ci n'a pas à être justifiée par l'existence de mutations technologiques, de difficultés économiques ou de menaces pesant sur la compétitivité de l'entreprise** ; qu'il appartient alors à l'autorité administrative de contrôler, outre le respect des exigences procédurales légales et des garanties conventionnelles, **que la cessation d'activité de l'entreprise est totale et définitive**, que l'employeur a satisfait, le cas échéant, à l'obligation de reclassement prévue par le code du travail et que la demande ne présente pas de caractère discriminatoire ; **qu'il ne lui appartient pas, en revanche, de rechercher si cette cessation d'activité est due à la faute ou à la légèreté blâmable de l'employeur** »².

L'exclusion du contrôle par l'inspecteur du travail de l'existence d'une faute ou de la légèreté blâmable de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité de l'entreprise se comprend dans la mesure où en cas de refus par l'inspecteur du travail d'autoriser le licenciement, salarié et employeur se trouveraient dans une impasse. Comme le souligne Gaëlle DUMORTIER, rapporteur sur cet arrêt, « *Contrairement au juge judiciaire, qui est saisi par les salariés « ordinaires » alors qu'ils sont déjà licenciés, l'administration est saisie préalablement au licenciement des salariés protégés, dont le licenciement serait nul si l'employeur y procédait avant d'en avoir obtenu l'autorisation. Si l'administration devait refuser le licenciement d'un salarié protégé dont l'entreprise a cessé son activité au motif que cette cessation d'activité est due à la faute de l'employeur, elle mettrait le salarié et l'employeur dans une situation sans issue (...) L'employeur, ne pouvant régulariser un motif dépourvu de bien-fondé, n'aurait aucun moyen de faire une nouvelle demande régulière. Le salarié, ne pouvant être licencié, serait contraint de rester dans une entreprise qui a cessé toute activité* »³.

Dans la mesure où l'inspecteur du travail n'a pas à contrôler l'existence d'une faute ou d'une légèreté blâmable de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité de l'entreprise, sa décision par définition ne porte pas sur cette question et dès lors, rien ne s'oppose juridiquement, et notamment pas le principe de séparation des pouvoirs, à ce que le salarié

¹ CE, 8 avr. 2013, n° 348559, publié au recueil Lebon ; RDT 2013, p. 400 ; V. concl. G. DUMORTIER, rapporteur public sur cette affaire, RDT 2013, p. 394 ; RJS 7/13 n° 551, SSL 2013 n° 1582, obs. F. CHAMPEAUX ; RDT 2013, obs. T. SACHS ; Sur cet arrêt, V. également, F. GÉA, « « La cause fautive » de licenciement (au miroir des jurisprudences judiciaire et administrative) », RJS 2013, p. 427.

² CE, 8 avr. 2013, préc.

³ G. DUMORTIER, concl. préc. ; argument qui n'est en rien décisif selon Frédéric GÉA, art. préc.

protégé saisisse le conseil de prud'hommes pour faire constater l'existence d'une faute ou de la légèreté blâmable de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité et obtenir la réparation du préjudice consistant en la perte de son emploi¹.

332. Indifférence de la cause de la cessation elle-même. La Cour de cassation l'affirme sans ambages « *il appartient au juge prud'homal saisi d'un différend né à l'occasion d'un licenciement de se prononcer sur le caractère réel et sérieux des motifs de la rupture du contrat de travail et non sur la cause de la cessation de l'activité de l'employeur* »². Cette position jurisprudentielle est une réminiscence de la théorie de l'employeur seul juge énoncée dans l'arrêt *Brinon*. « *L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail* »³. L'interdiction faite aux juges du fond de contrôler la cause de la cessation d'activité est fondée sur le désir de la Cour de cassation de préserver la liberté d'entreprendre des employeurs impliquant également celle de décider de ne plus entreprendre et de cesser leur activité⁴.

Si cette solution semble pleinement justifiée lorsque l'entreprise n'appartient pas à un groupe et que l'employeur décide donc lui-même de fermer son entreprise, cette position faisant de la cessation totale et définitive de l'entreprise, en l'absence de faute ou légèreté blâmable de l'employeur, une cause réelle et sérieuse de licenciement est inadaptée pour les entreprises intégrées dans un groupe⁵. Elle induit en effet un risque d'instrumentalisation de cette cause de licenciement afin de contourner les principes fondamentaux du droit du licenciement pour motif économique.

¹ CE, 8 avr. 2013, préc.

² Cass. soc., 1^{er} mars 2000, Bull. civ. V, n° 81.

³ Cass. soc., 31 mai 1956, *Brinon*, Bull. civ. IV, n° 499 ; JCP 1956, II, 9397, note P. ESMEIN ; D. 1958, jurispr. p. 21, note G. LEVASSEUR.

⁴ À ce titre, il convient d'indiquer que le Conseil constitutionnel a censuré la tentative de redéfinition du licenciement pour motif économique de l'article 107 de la loi de modernisation sociale au motif notamment qu'elle excluait du champ de ces licenciements l'hypothèse de la cessation d'activité de l'entreprise et imposait dès lors aux employeurs des contraintes disproportionnées portant ainsi à la liberté d'entreprendre « *une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi de maintien de l'emploi* » ; Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455, préc.

⁵ En ce sens, V. F. GÉA, « Causes (économiques) enchevêtrées », RDT 2010, p. 297.

2 - Le risque d'instrumentalisation de la cessation d'activité par les groupes, susceptible d'être sanctionné

333. Inadaptation de l'interdiction faite aux juges de contrôler l'origine de la cessation d'activité dans une entreprise appartenant à un groupe. Si l'interdiction faite au juge de juger de l'opportunité des choix de gestion de l'employeur apparaît pleinement justifié lorsque le chef d'une entreprise décide de fermer cette dernière, cette solution est en revanche nettement plus contestable lorsque l'entreprise est intégrée dans un groupe. En effet, dans une telle hypothèse, il est envisageable que ce soit la direction du groupe qui décide de fermer une filiale ; dans ce cas ce n'est donc pas la liberté d'entreprendre du chef d'entreprise induisant celle de cesser d'entreprendre qui fonde la fermeture de l'entreprise. Un risque de contournement des principes fondamentaux du droit du licenciement pour motif économique ne peut donc être totalement écarté lorsque l'entreprise appartient à un groupe qui pourrait décider de fermer l'entreprise dans le seul souci de réaliser des économies, d'augmenter sa rentabilité, de prononcer des « licenciements boursiers », etc.

Ainsi, alors même que l'existence des autres causes économiques de licenciement doit être constatée au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, la cessation d'activité est la seule cause économique appréciée uniquement au niveau de l'entreprise, peu important qu'elle appartienne ou non à un groupe. Certes, comme ont pu l'écrire certains auteurs, il serait irréaliste d'exiger la cessation totale et définitive de l'activité de l'ensemble du groupe ou du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise pour que les licenciements soient justifiés¹.

Toutefois, interdire aux juges de contrôler l'origine de la cessation d'activité d'une filiale d'un groupe n'est pas sans danger. Ainsi, dès 2001, certains auteurs soulignaient l'inadaptation de cette position jurisprudentielle aux entreprises intégrées dans un groupe. Jean SAVATIER écrivait ainsi dans sa note sous l'arrêt *Morvant* que « si la société employeur cesse totalement son activité, cette décision [fait] alors partie d'une restructuration du groupe, et un contrôle judiciaire [peut] s'exercer sur la justification de la mesure au regard du maintien de la sauvegarde de la compétitivité d'un secteur du groupe »². Cette position ne fut pas retenue par la Cour de cassation qui réaffirme que les juges n'ont pas à contrôler les motifs qui ont conduit à la cessation d'activité de l'entreprise qui, par elle-même, constitue une

¹ V. not. P. MORVAN, note sous Cass. soc., 28 fév. 2006, JCP S 2006, 1474.

² J. SAVATIER, art. préc.

cause réelle et sérieuse de licenciement dès lors qu'elle est étrangère à la faute ou à la légèreté blâmable de l'employeur¹.

334. Le risque d'instrumentalisation de l'absence de contrôle de l'origine de la cessation d'activité d'une entreprise lorsque celle-ci est membre d'un groupe ne peut pourtant être écarté, loin s'en faut. La position de la Cour de cassation interdisant aux juges de contrôler la cause de la cessation d'activité peut contribuer à légitimer en quelque sorte le *dumping social* réalisé par certains grands groupes qui, soucieux d'augmenter leurs profits, peuvent à loisir décider de fermer une entreprise, pourtant prospère, en France, pour en délocaliser la production dans un pays où les coûts de production sont moindres. Les licenciements consécutifs à cette cessation totale et définitive de l'activité auront une cause réelle et sérieuse dans la mesure où d'une part des juges n'ont pas à contrôler la cause de la cessation d'activité, et où, d'autre part, une décision de délocalisation n'est pas *a priori* constitutive d'une faute ou d'une légèreté blâmable. Certains juges du fond, en dépit de l'interdiction formelle de contrôler la cause de la cessation d'activité, résistent en exigeant que la fermeture de l'entreprise ne résulte pas seulement d'un choix délibéré de l'employeur mais qu'elle découle de contraintes matériellement vérifiables, de faits ou d'une situation subis par l'entrepreneur. À défaut ils déclarent les licenciements sans cause réelle et sérieuse².

La résistance des juges du fond et la multiplication des critiques doctrinales ont trouvé un écho chez certains magistrats de la Cour de cassation, à l'instar de Pierre BAILLY qui, dans son rapport relatif à l'arrêt *Jungheinrich* du 18 janvier 2011, met en exergue le fait que « grande peut-être en effet la tentation pour un groupe de dimension internationale de supprimer des entreprises exerçant leur activité dans un pays où la main-d'œuvre est coûteuse à seule fin de transférer cette activité dans un pays où le niveau de vie est moins élevé, alors même que la situation du secteur dans lequel s'exerce l'activité est prospère »³. Dans son rapport, il expose les deux options qui, selon lui, peuvent permettre de sanctionner de telles pratiques. Une fois encore il ne s'agit pas de remettre en cause la décision de restructuration consistant à fermer l'entreprise et à licencier l'intégralité de son personnel, décision face à laquelle le droit social est impuissant ; il ne s'agit que de sanctionner *a posteriori* un comportement illégal et de permettre aux salariés d'obtenir des indemnités, en aucun cas de protéger leur emploi contre cette décision de restructuration illégitime...

¹ Cass. soc., 28 fév. 2006, préc.

² V. not. CA Lyon, 30 juin 2003, *Liais. soc.* 20-21 août 2003, *jurisp.* 829, p. 7, à propos de la fermeture d'une usine suivie de la délocalisation de sa production aux Philippines.

³ P. BAILLY, rapp. sous Cass. soc., 18 janv. 2011, *SSL* 2001, n° 1476, p. 6.

La première alternative envisagée par Pierre BAILLY consisterait à cantonner la cessation d'activité en tant que cause autonome de licenciement pour motif économique aux seules entreprises n'appartenant pas à un groupe, à l'instar de ce que proposait Jean SAVATIER en 2001¹. Ainsi, si une entreprise intégrée dans un groupe cesse définitivement et totalement son activité, cette fermeture ne saurait constituer une cause réelle et sérieuse de rupture qu'à la stricte condition d'être fondée sur des difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité auquel elle appartient. Dans son rapport, Pierre BAILLY écarte cette solution en estimant que le revirement qu'elle induit serait trop important², ce que nous ne pouvons que regretter. La seconde alternative proposée par le magistrat est circonstancielle : il s'agit de la reconnaissance d'une situation de coemploi (a). Au-delà de la situation de coemploi, il est envisageable de sanctionner les pratiques de certains groupes qui décideraient de fermer une filiale dans un souci de pure rentabilité financière et au mépris le plus total des principes gouvernant le droit du licenciement pour motif économique en envisageant la mise en cause de la responsabilité civile de la société ayant pris la décision de fermer l'entreprise (b).

a - La caractérisation d'une situation de coemploi

335. La cessation totale et définitive d'activité de l'un des coemployeurs non constitutive d'une cause autonome de licenciement. Dans un arrêt *Jungheinrich* du 18 janvier 2011, la Cour de cassation a affirmé que « *lorsque le salarié a pour coemployeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent* »³. Elle approuve ainsi la

¹ J. SAVATIER, art. préc.

² P. BAILLY, rapp. préc.

³ Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-70.662, *Jungheinrich*, Rev. sociétés 2011, p. 154, obs. A. COURET ; P. BAILLY, rapp. préc. ; P. BAILLY, « Les limites de la cessation d'activité, comme cause de licenciement pour motif économique », Rev. Juridique de l'éco. pub. 2011, comm. 25 ; JCP G 2011, 254, note P. MORVAN ; JCP S 2011, act. 79, note P. MORVAN ; P. MORVAN, « La mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale dans un groupe », Bull. Joly soc. 2011, n° 3, p. 215 ; J.-L. VALLENS, « Cessation d'activité d'une filiale et licenciements économiques : une nouvelle donne », Bull. Joly ent. en diff. 2011, n° 2, p. 140 ; F. AUBONNET, « De l'utilité de la notion de coemployeur », JCP E 2011, 1291 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Groupes de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! », SSL 2011, 1504 suppl. ; C. PARES, « La cessation d'activité est-elle un moyen de détourner le droit du travail ? », SSL 2011, 1508, suppl. ; F. AUBONNET, « Cessation totale d'activité au sein d'un groupe : l'étau se resserre », SSL 2011, n° 1504 suppl. ; G. AUZERO, « Coemployeurs : qualification et effets sur la validité des licenciements économiques », Lexbase Hebdo social, n° N3365BR3 ; G. COUTURIER, « La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés », Dr. soc. 2011, p. 372.

Cour d'appel qui, après avoir caractérisé « *une confusion d'intérêts, d'activités et de direction* »¹ entre la société mère et la filiale et déduit la qualité de coemployeur de la société mère à l'égard du personnel de la filiale², a déclaré sans cause réelle et sérieuse les licenciements des salariés de la filiale.

La Cour de cassation souligne de surcroît qu'en l'espèce « *la cessation d'activité de la [filiale] ne résultait que de choix stratégiques décidés au niveau du groupe, sans que des difficultés économiques les justifient, au niveau du secteur d'activité du groupe* »³. Cette solution ne peut qu'être approuvée. Dès lors que le salarié a « deux employeurs », la cessation totale et définitive de l'activité de l'un d'entre eux ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement dans la mesure où l'activité de l'autre employeur se poursuit⁴. En effet, si on raisonne par analogie avec la solution adoptée par la Cour de cassation en présence d'une entreprise composée de plusieurs établissements, dans la mesure où deux sociétés sont employeurs des salariés, la fermeture de l'une d'elles s'apparente en quelque sorte à la cessation d'activité d'un seul établissement de l'entreprise qui ne peut constituer une cause de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, des mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise⁵.

La notion de coemployeur est donc à même de permettre de rétablir la « réalité juridique » de l'organisation du groupe dont la structuration économique et financière ne correspond pas toujours, loin s'en faut, à l'organisation du pouvoir⁶. C'est d'ailleurs l'une des finalités de la théorie du coemploi : éviter que les groupes n'instrumentalisent l'absence de personnalité morale du groupe et l'autonomie des personnes morales qui le composent pour contourner le droit du travail. Il convient d'indiquer que la Cour de cassation avait dès avant cet arrêt a eu recours à la notion de coemployeurs pour contrecarrer les pratiques de certains groupes multinationaux utilisant l'écran de la personnalité morale des différentes filiales pour

¹ Coemploi caractérisé en l'espèce par la Cour d'appel après avoir retenu « *que l'activité économique de la société [employeur] étant entièrement sous la dépendance du groupe (...), qui absorbait 80 % de sa production et fixait les prix, que la [société mère] détenait la quasi-totalité de son capital, le reste étant détenu par le dirigeant de la société holding, qu'il existait une gestion commune du personnel des sociétés (...), sous l'autorité de la [société mère], que celle-ci dictait à la société [employeur] ses choix stratégiques, notamment la décision de transférer l'activité (...), que la [société mère] intervenait de manière constante dans les décisions concernant la gestion financière et sociale de la cessation d'activité de la société [employeur] et le licenciement de son personnel, et qu'elle assurait ainsi la direction opérationnelle et la gestion administrative de sa filiale, qui ne disposait d'aucune autonomie* ».

² Cass. soc., 18 janv. 2011, préc.

³ Cass. soc., 18 janv. 2011, préc.

⁴ En ce sens, également, G. LOISEAU, « L'identification des effets du coemploi », JCP S 2013, 1439.

⁵ G. AUZERO, « Les effets avérés et à venir du coemploi », JCP S 2013, 1440.

⁶ En ce sens également, B. GAURIAU, « Le co-employeur », Dr. soc. 2012, p. 995.

contourner le droit de licenciement pour motif économique¹ ; une logique de moralisation de l'ingénierie sociale, une volonté d'imposer le respect d'une certaine éthique innervent ainsi la théorie du coemploi².

336. Si la reconnaissance d'une situation de coemploi permet aux juges de condamner une société du groupe autre que celle qui a prononcé les ruptures à indemniser les salariés pour l'absence de cause réelle et sérieuse, la portée de l'arrêt *Jungheinrich* est relativement réduite en ce qu'en dépit de ce qu'écrivent certains auteurs³. En effet, la Cour de cassation fait preuve d'une certaine rigueur s'agissant de la caractérisation d'une situation de coemploi⁴. La Cour de cassation a d'ailleurs mis en exergue la portée restreinte de cette décision dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, les requérants estimant que l'article L. 1233-3 du Code du travail tel qu'interprété dans l'arrêt *Jungheinrich* portait atteinte aux principes à valeur constitutionnelle que sont l'égalité devant la loi et la liberté d'entreprendre⁵. La Cour de cassation a refusé, fort logiquement à notre sens, de transmettre

¹ V. not. la jurisprudence *Aspocomp* : les juges du fond condamnèrent la société-mère du groupe, dont l'employeur en liquidation judiciaire est membre, au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements et de la méconnaissance de l'obligation de reclassement puisque, tant dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi qu'au titre de l'obligation de l'article L. 1233-4, aucune recherche sérieuse de reclassement n'avait été effectuée. Pour fonder cette condamnation, les juges du fond s'appuyèrent sur la dépendance de la filiale détenue à 99% par la société-mère, sur le fait que son représentant légal siégeait aux réunions du comité d'entreprise de la filiale, ou encore sur la promesse de ce dernier de verser des indemnités dans le cadre du plan (CA Rouen, Ch. soc. 22 mars 2005, n° 04/02545, société Aspocomp Group Oyj, Bull. Joly Sociétés, 1^{er} fév. 2006, n° 2, p. 192, note B. SAINTOURENS). Hostile à la reconnaissance d'un principe de la responsabilité d'autrui du fait de la dépendance économique, la Cour de cassation confirma la solution de la Cour d'appel qui avait constaté que les salariés « *avaient accompli [leur] travail sous la direction et au profit des sociétés Aspocomp et Aspocomp Group OYJ, dont les intérêts, les activités et la direction étaient confondues* » (Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551, note F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », RDT 2007, p. 543.). Si la Cour de cassation n'utilise pas expressément l'expression « co-employeurs », elle se base en revanche pour rendre sa décision, sur les critères nécessaires à caractériser cette qualité. Dès lors qu'un salarié est employé par un groupe de sociétés « *entre lesquelles existe une confusion d'intérêts, d'activités et de direction* », il a « *pour co-employeur les diverses sociétés appartenant à ce groupe de sociétés* ».

² En ce sens, Y. PAGNERRE, « La théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail ? », JCP S 2011, 1423 ; B. GAURIAU, art. préc. ; J.-F. CESARO, « Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique », JCP S 2013, 1081 ; article dans lequel l'auteur regrette l'absence de réel fondement juridique de cette théorie.

³ V. not. P.-H. ANTONMATTEI, art. préc.

⁴ Comme le rappelle d'ailleurs, le conseiller doyen Pierre BAILLY lorsqu'il écrit « contrairement à ce que je peux lire, notre approche est très restrictive. Les affaires dans lesquelles le coemploi a été retenu sont caricaturales », P. BAILLY, « Les critiques sur le coemploi sont excessives », SSL 2012, n° 1557, p. 3.

⁵ La question était rédigée en ces termes « *-en interdisant aux sociétés filiales de licencier leur personnel pour le seul motif de leur cessation d'activité, les dispositions de l'article L. 1233-3 du code du travail sont-elles inconstitutionnelles comme portant atteinte au principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre garanti par l'article 4 de la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen ? - en soumettant les licenciements pour cessation d'activité notifiés par les sociétés filiales de groupe, à un régime juridique distinct de celui applicable aux licenciements pour le même motif pratiqués par des employeurs autres que des filiales, l'article L. 1233-3 du code du travail porte-t-il* ».

la question au Conseil constitutionnel au motif qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux en ce qu'elle repose sur une interprétation erronée de l'arrêt qui ne prive pas « *l'employeur du seul fait de son appartenance à un groupe de sociétés de la possibilité de licencier son personnel pour motif économique lorsqu'il cesse son activité, et ne lui [impose] pas, pour cette seule raison, de justifier d'une autre cause de licenciement, hors situation de coemploi* »¹.

337. Rigueur jurisprudentielle relative à la caractérisation d'une situation de coemploi. Si certains auteurs ont pu craindre, et craignent encore, que les juges ne fassent une utilisation excessive de la théorie du coemploi dans le seul but de permettre aux salariés licenciés suite à la cessation d'activité d'une entreprise intégrée dans un groupe d'obtenir des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, tel n'est pas le cas. La cessation d'activité totale et définitive de l'entreprise reste une cause autonome de licenciement, sauf lorsqu'est démontrée une situation de coemploi, que la Cour de cassation n'admet que relativement rarement contrôlant avec rigueur la motivation des juges du fond en ce domaine². S'il est vrai que la Cour de cassation n'impose pas toujours la preuve du lien de subordination juridique unissant le salarié au coemployeur³, elle exige en revanche systématiquement que soit démontré un pouvoir de direction et de contrôle, exercé simultanément par plusieurs sociétés sur les salariés⁴.

L'élément caractéristique du contrat de travail est le lien de subordination, c'est d'ailleurs lui qui fonde l'existence du droit du travail et de son appréhension de la relation de travail à travers le prisme du couple employeur/salarié. Dès lors que, dans la réalité, les salariés exécutent leur travail sous l'autorité d'une autre société du groupe qui a le pouvoir de leur donner des ordres et des directives et de contrôler l'exécution de leur prestation et de les sanctionner⁵, l'élément spécifique que constitue le lien de subordination est ainsi identifié et la qualité de coemployeur indéniable. Certes, de plus en plus rares sont les arrêts qui se fondent

atteinte au principe à valeur constitutionnelle d'égalité devant la loi garanti par l'article 6 de la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen ? », Cass. soc., 16 nov. 2011, n° 11-40.071, Bull. civ. V, n° 268 ; JCP S 2012, 1028, note D. CHENU ; Lexbase Hebdo éd. soc. n°464 du 1 décembre 2011, chron. C.RADÉ.

¹ Cass. soc., 16 nov. 2011, préc.

² En ce sens, P. BAILLY, art. préc. ; P. MORVAN, « L'identification du coemployeur », JCP S 2013, 1438 ; J.-M. MIR, R. BRIHI et J.-P. LACOMBLE, « Table ronde sur le coemploi », JCP S 2013, 1082 ; J.-F. CESARO, « Le coemploi », RJS 2013, p. 3.

³ V. notamment Cass. soc, 28 mai 2008, n° 06-45.395, inédit, qui rejette le moyen du défaut de caractérisation du lien de subordination.

⁴ V. notamment Cass. soc., 4 oct. 2007, n° 06-44.486, inédit.

⁵ Cass. soc., 13 nov. 1996, GADT, 4^{ème} éd., n° 2 ; Dr. soc. 1996, p. 1067, obs. J.-J. DUPEYROUX.

sur le lien de subordination pour retenir le coemploi¹, le critère de la « confusion d'intérêts, d'activités et de direction » étant quant à lui en plein essor. Ces deux approches de la notion de coemploi diffèrent très profondément.

Ainsi, lorsque le coemploi est établi sur la base du lien de subordination unissant une société du groupe avec le salarié d'une filiale, les juges se livrent purement et simplement à une opération de qualification au sens de l'article 12 du Code de procédure civile en restituant l'exacte qualification de la relation entre le salarié et la société déclarée coemployeur parce qu'elle remplit les critères juridiques de l'employeur².

En revanche, lorsque, pour déclarer une société du groupe coemployeur, la Cour de cassation se fonde sur la « triple confusion » des intérêts, des activités et de direction entre celle-ci et celle avec laquelle les salariés ont conclu leur contrat, la logique est toute autre. Il ne s'agit pas d'une opération de qualification juridique. Lorsqu'elle procède ainsi la Cour de cassation sort du domaine de la subordination individuelle pour s'intéresser à la subordination collective³. En quelque sorte, l'employeur des salariés étant subordonné à cette société, elle devient coemployeur sans véritablement remplir le critère strict du lien de subordination au niveau individuel. Dans une certaine mesure, est mis en exergue le fait qu'on assimile cette société à l'employeur alors même qu'elle n'en remplit pas les critères juridiques⁴.

Toutefois, cette assimilation est fondée et justifiée par le contrôle exercé par elle sur l'employeur qui ne dispose pas de l'entier pouvoir de gestion et de décision notamment en matière sociale et qui a pu ainsi se voir imposée la cessation totale et définitive de l'entreprise. Comme le souligne Pierre BAILLY, « cette confusion établit que l'employeur avec lequel le salarié a conclu un contrat de travail ne dispose en réalité d'aucune autonomie de décision et, par là, que l'autorité qu'il exerce sur son personnel est partagée avec un autre, qui lui dicte sa conduite, spécialement dans la gestion de son personnel, de sorte qu'il n'est

¹ Par exemple « *Mais attendu que la cour d'appel qui, se fondant sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan de redressement a retenu d'une part que la société Briffaz n'était qu'un simple établissement de la société LC Maître, sans réelle autonomie financière et de gestion, et qu'il existait entre elles une confusion totale d'activité, d'intérêts et de direction, d'autre part que le seul cadre à l'effectif de la société Briffaz, sous l'autorité duquel se trouvaient les salariés, recevait ses ordres de la société LC Maître et les transmettait directement à ses chefs d'équipe, qu'il n'avait aucun pouvoir pour leur donner directement des instructions et que toute la gestion du personnel était faite par la société LC Maître, ce dont il se déduisait que cette société avait un pouvoir de direction et de contrôle sur l'ensemble des salariés de la société Briffaz et qu'ils étaient à son égard en état de subordination*, a légalement justifié sa décision » de lui reconnaître la qualité de co-employeur, Cass. soc., 28 sept. 2010, JCP S 2010, 1516, obs. S. BRISSY.

² En ce sens, G. COUTURIER, « La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés », Dr. soc. 2011, p. 373.

³ Pour une approche en ce sens, V. P.-H. D'ORNANO, « L'employeur subordonné », JCP 2011, 1529 ; P. MORVAN, art. préc.

⁴ En ce sens, G. COUTURIER, art. préc.

plus possible de distinguer chacun des employeurs »¹. Ainsi, si la confusion d'intérêts, d'activités de direction entre les sociétés ne sème pas véritablement le trouble sur la réalité de la personne de l'employeur des salariés, elle lève en revanche tout doute sur la personne qui exerce réellement le pouvoir et, partant, sur le responsable de la cessation d'activité ayant abouti au licenciement de l'ensemble des salariés².

Lorsque la Cour de cassation retient la qualité de coemployeur sur le fondement de cette triple confusion, elle assouplit en réalité le concept d'employeur pour le faire correspondre à la réalité du pouvoir effectif, bien plus qu'elle n'appréhende juridiquement la réalité du groupe. En effet, lorsque la triple confusion est démontrée entre les deux sociétés c'est un rapport horizontal entre personnes morales qui est mis en exergue, et non un rapport vertical entre la société coemployeur et les salariés de l'autre filiale. Pour autant, ce rapport vertical, cette subordination juridique entre le coemployeur et les salariés, existe bien, certes de manière plus diffuse, puisqu'en réalité il existe entre la société coemployeur et leur employeur contractuel subordonné à ladite société.

À ce titre, et c'est particulièrement heureux, la Cour de cassation est très vigilante sur l'existence de ce lien en ce qu'elle souligne toujours l'immixtion de la société coemployeur dans la gestion sociale de l'employeur contractuel³. La Cour de cassation contrôle avec intransigeance la motivation de la décision des juges du fond sur ce point⁴. Pour que la situation de coemploi soit retenue, il est impératif que le coemployeur se soit immiscé dans la direction sociale de l'entreprise en faisant par exemple des cadres dirigeants de cette dernière les exécutants de ses propres décisions⁵, en prenant le contrôle managérial du personnel⁶, ou en participant à la gestion de ce dernier⁷. Au-delà de l'existence d'un véritable lien de subordination entre le coemployeur et les salariés, c'est l'ingérence de cette société dans la gestion du personnel et dans les décisions sociales de l'entreprise qui justifie que lui soit reconnue la qualité de coemployeur⁸.

¹ P. BAILLY, « Actualité des licenciements économiques », SSL 2011 n°1504.

² E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et Droit du travail*, LGDJ, Bibl. de Droit Social, Tome 45, 2008, § 197 not. ; G. AUZERO, « Les co-employeurs », in *Les concepts émergents en Droit des affaires*, ss. la dir. de E. LE DOLLEY, LGDJ 2010, p. 43 ; B. RÉYNES, « Groupes de sociétés : la théorie du coemploi », JCP S 2012, 1292.

³ Cass. soc. 18 janv. 2011, préc.

⁴ Elle censure ainsi les juges du fond qui retiennent une situation de coemploi sans caractériser « *une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de sa filiale* », Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-25.686, à paraître au Bulletin.

⁵ Cass. soc., 28 sept. 2010 ; Cass. soc. 18 janv. 2011, préc.

⁶ En effet, il n'est pas rare que les cadres dirigeants soient recrutés par la société mère et mis à la disposition des filiales, ce qui facilite la preuve d'une immixtion dans la gestion du personnel de celle-ci.

⁷ G. LOISEAU, « Coemploi et groupes de sociétés », JCP S 2011, 1528.

⁸ Cass. soc., 18 déc. 2013, préc.

Par ailleurs, lorsqu'elle met en exergue une immixtion excessive de la société mère dans la gestion de sa filiale outrepassant la « normalité des rapports entre société dominante et filiale », la « triple confusion » est susceptible de caractériser un abus de personnalité morale : l'employeur contractuel étant en quelque sorte fictif¹, un lien direct unirait donc la société qualifiée de coemployeur et les salariés puisque seule cette dernière a une réelle existence juridique².

Cette jurisprudence, qui se construit peu à peu, ne peut qu'être approuvée en ce qu'elle participe d'une réflexion sur le concept d'employeur qui n'est plus adapté aux réalités économiques et organisationnelles des groupes, tel qu'il est entendu par le droit du travail, *id est* comme la personne physique ou morale avec laquelle le salarié a conclu un contrat de travail. De ce point de vue, la proposition de Françoise FAVENNEC-HERY de repenser les rapports au sein d'un groupe en superposant au lien contractuel entre le salarié et la société employeur, la notion de relation de travail qui permettrait une sorte de « démembrement ou un dédoublement de certaines obligations entre l'employeur proprement dit et les sociétés du groupe parties à cette relation de travail » est très intéressante³, bien qu'elle ne soit qu'ébauchée par l'auteur.

Pour l'heure, la jurisprudence relative à la caractérisation du coemploi ne peut que susciter l'adhésion en ce qu'elle permet, en sus d'une prise en compte du titulaire effectif du pouvoir, de préserver l'autonomie des personnes morales et l'indépendance des sociétés d'un groupe lorsqu'elles sont véritablement maîtresses de leur administration sociale. On ne peut dès lors que saluer la rigueur dont fait preuve la Cour de cassation qui, non seulement refuse d'assimiler le groupe à une situation au coemploi⁴, mais censure également les juges du fond lorsqu'ils ne mettent en relief que des liens capitalistiques, des stratégies communes ou des interventions régulières de la société dominante auprès d'une filiale. Elle a ainsi estimé que la preuve d'intérêts économiques et financiers communs, d'organes de direction interdépendants, et de l'existence d'une culture de groupe se traduisant par des avantages et

¹ En ce sens, G. AUZERO, « Les effets avérés et à venir du coemploi », JCP S 2013, 1440 ; P. MORVAN, art. préc. ; nous reviendrons ultérieurement sur la question de l'abus de personnalité morale susceptibles d'être stigmatisée dans les groupes de sociétés ;

² De ce point de vue, l'arrêt du 28 septembre 2010 semble, sans explicitement le dire, mettre en exergue la fictivité de la personne morale employeur en estimant que celle-ci ne constituait « *qu'un simple établissement* » d'une société du groupe reconnue coemployeur. Cass. soc., 28 sept. 2010, préc.

³ F. FAVENNEC-HERY, « Motif économique, reclassement et groupe de sociétés », JCP S 2013, 1078 ; nous reviendrons ultérieurement sur cette idée.

⁴ De même, la Cours de cassation a affirmé avec force que la reconnaissance d'une UES entre plusieurs sociétés n'avait pas pour effet de faire de ces dernières les coemployeurs des salariés ; Cass. soc. 16 déc. 2008, rapp. M.-L. MORIN, note, P. RENNES préc. ; pour une vive critique de cet arrêt V. P. DARVES-BORNOZ : « Notions d'unité économique et sociale (UES) et de coemployeurs », Dr. ouvrier 2009, p. 309.

des facilités de mobilité pour le salarié, était impropre à caractériser la qualité de coemployeur des sociétés du groupe¹. De même, la Cour de cassation a affirmé dans l'arrêt *Molex* qu'« hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ». Elle a ainsi censuré la Cour d'appel qui avait reconnu la qualité de coemployeur à la société mère en se basant sur « le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et que la société mère ait pris dans le cadre de la politique du groupe des décisions affectant le devenir de la filiale et se soit engagée à fournir les moyens nécessaires au financement des mesures sociales liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois » éléments insuffisants selon la Cour de cassation à caractériser une situation de coemploi dans un groupe².

Il est en effet normal que soit caractérisée dans un groupe une certaine interdépendance des sociétés, une unité de décision, de stratégie, et qu'existent une réflexion commune et une organisation conjointe tendant vers une même finalité, sans pour autant qu'une situation de coemploi ne puisse être identifiée. L'orthodoxie dont fait preuve la Cour de cassation à l'égard de l'admission de la qualité de coemployeur doit être approuvée en ce qu'elle limite le risque de dévoiement de cette notion qui serait inapproprié.

Un autre remède à l'instrumentalisation par un groupe de la cessation d'activité comme cause de licenciement peut être trouvé sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle qui permet aux salariés d'obtenir des dommages et intérêts, et non d'éviter la perte de leur emploi.

¹ Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.230, préc. .

² Cass. soc., 2 juil. 2014, n° 13-15.208, à paraître au Bulletin, JCP S 2014, 1311, note G. LOISEAU.

b - Les actions envisageables sur le terrain de la responsabilité délictuelle

338. *L'arrêt Goodyear ou la reconnaissance tacite de la responsabilité d'une société du groupe dans l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciements consécutifs à la cessation totale et définitive de l'activité d'une autre filiale.* La Cour de cassation a rendu le 1^{er} février 2011 un arrêt *Goodyear* autrement plus audacieux que la caractérisation d'une situation de coemploi pour faire obstacle aux pratiques frauduleuses de certains groupes qui décident de fermer une filiale en instrumentalisant non seulement la prétendue autonomie des personnes morales composant le groupe, mais aussi l'autonomie de la cessation d'activité comme cause de licenciement dont les juges ne peuvent en principe pas contrôler l'origine. Dans cet arrêt, la Cour de cassation affirme que « *si, en cas de fermeture définitive et totale de l'entreprise, le juge ne peut, sans méconnaître l'autonomie de ce motif de licenciement, déduire la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur de la seule absence de difficultés économiques ou, à l'inverse, déduire l'absence de faute de l'existence de telles difficultés, il ne lui est pas interdit de prendre en compte la situation économique de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur* »¹.

Elle poursuit en approuvant la Cour d'appel qui a déclaré les ruptures sans cause réelle et sérieuse après avoir déduit la légèreté blâmable de l'employeur du fait que « *la décision de fermeture [avait] été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée* », alors même que la société employeur ne connaissait pas de difficulté et que la baisse de son activité ne résultait que d'une décision du groupe². La Cour de cassation commence donc dans cet arrêt par réaffirmer avec force que la cessation d'activité est une cause autonome de licenciement, pour finalement, dans une certaine mesure, mieux remettre en cause cette autonomie dans les entreprises membres d'un groupe de sociétés.

¹ Cass. soc., 1^{er} fév. 2011, *Goodyear*, Bull. civ. V, n° 42 ; Rev. sociétés 2011, p. 154, obs. A. COURET ; P. BAILLY, « Les limites de la cessation d'activité, comme cause de licenciement pour motif économique », Rev. Juridique de l'éco. pub. 2011, comm. 25 ; JCP G 2011, 254, note P. MORVAN ; JCP S 2011, act. 79, note P. MORVAN ; P. MORVAN, « La mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale dans un groupe », Bull. Joly soc. 2011, n° 3, p. 215 ; J.-L. VALLENS, « Cessation d'activité d'une filiale et licenciements économiques : une nouvelle donne », Bull. Joly ent. en diff. 2011, n° 2, p. 140 ; C. PARES, « La cessation d'activité est-elle un moyen de détourner le droit du travail ? », SSL 2011, 1508, suppl. ; F. AUBONNET, « Cessation totale d'activité au sein d'un groupe : l'étau se resserre », SSL 2011, n° 1504 suppl. ; G. AUZERO, « Fermeture définitive et totale de l'entreprise et légèreté blâmable de l'employeur », Lexbase Hebdo éd. sociale, n° N4840BRP ; G. COUTURIER, art. préc.

² Cass. soc., 1^{er} fév. 2011, *Goodyear*, préc.

Ainsi, les juges ne peuvent déduire la légèreté blâmable ou la faute de l'employeur de l'existence ou non de difficultés économiques ayant conduit à la cessation d'activité mais sont habilités en revanche à tenir compte de la situation économique pour apprécier son comportement. En clair, cela signifie que si les juges du fond constatent l'existence de difficultés à l'origine de la cessation d'activité, ils vérifieront que ces dernières n'ont pas été provoquées par la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur. À l'inverse, en cas de situation économique florissante, ils s'assureront que la cessation d'activité n'est pas en elle-même constitutive d'une faute ou d'une légèreté blâmable de l'employeur. Cette approche peut, de prime abord, sembler curieuse en ce que la décision de fermer l'entreprise relevant de la liberté d'entreprendre, elle devrait *a priori* être exclusive de tout comportement répréhensible de l'employeur¹. Toutefois, la liberté d'entreprendre, pas plus qu'une autre, n'est absolue. La légèreté blâmable en constitue un tempérament, cette liberté devant être conciliée avec le droit à l'emploi. De ce point de vue, la Cour de cassation affirme d'ailleurs que « *la légèreté blâmable suppose une décision prise de manière inconsidérée en dépit des conséquences graves et qu'elle peut entraîner* »², tandis que cette notion en matière de licenciement est définie comme « un usage abusif du droit de congédiement lorsque celui-ci est rendu vexatoire par l'arbitraire des motifs invoqués ou par la particulière inopportunité de la décision »³.

Surtout, et comme le souligne la Cour de cassation, « ***la décision de fermeture [avait] été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée*** », alors même que la filiale était en parfaite santé⁴. De même, si l'arrêt du *Jungheinrich* est fondé sur la reconnaissance d'une situation de coemploi, la Cour de cassation y souligne que la cessation d'activité de l'entreprise « ***résultait que de choix stratégiques décidés au niveau du groupe*** »⁵.

La position retenue dans l'arrêt *Goodyear* avait déjà été annoncée par un arrêt inédit du 28 octobre 2008 dans lequel la Cour de cassation approuvait les juges du fond d'avoir déclaré sans cause réelle et sérieuse les licenciements résultant de la cessation d'activité d'une filiale procédant selon eux d'une légèreté blâmable de l'employeur en ce qu'elle avait « *été décidée de manière précipitée, à la demande de son principal associé et pour satisfaire aux*

¹ G. AUZERO, art. préc.

² Cass., rapp. annuel 2005, p. 267, à propos de Cass. soc., 14 déc. 2005, préc.

³ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 8^{ème} éd.

⁴ Cass. soc., 1^{er} fév. 2011, préc.

⁵ Cass. soc., 18 janv. 2011, préc.

seules exigences du groupe (...), sans que toutes les possibilités pouvant permettre le maintien de son activité et des emplois aient été recherchées ». Ainsi la « *cessation rapide et définitive de l'activité de la société, malgré les bons résultats qu'elle avait réalisés et en dépit de la position favorable qu'elle occupait sur le marché, procédait d'une légèreté blâmable, privant les licenciements alors prononcés de cause réelle et sérieuse* »¹.

339. Il ressort ainsi de la lecture combinée de ces arrêts de la Cour de cassation que si elle affirme avec force que les juges du fond n'ont pas à contrôler la cause de la cessation d'activité qui relève uniquement de la liberté d'entreprendre de l'employeur, la légèreté blâmable, en tant que tempérament à cette liberté, réduit à néant ou presque l'interdiction faite aux juges. En effet, dans la mesure où **la légèreté blâmable est caractérisée par le fait que la cessation d'activité de l'entreprise est décidée par le groupe dans le seul souci de sa rentabilité propre** au mépris de la stabilité de l'emploi, les juges du fond procèdent en quelque sorte à un contrôle d'opportunité de la décision de fermeture de l'entreprise au regard de ses effets sur l'emploi².

En dépit de l'affirmation réitérée de l'autonomie de la cessation d'activité comme motif de licenciement et de l'interdiction faite aux juges de contrôler les choix de gestion de l'employeur, apparaît en germe, sous couvert de s'assurer de l'absence de comportement fautif ou blâmable de ce dernier, un contrôle (très restreint !) d'opportunité de la décision de fermeture de l'entreprise au regard de ses conséquences sociales, lorsque celle-ci est prise non pas par le chef d'entreprise au nom de sa liberté d'entreprendre (dans son aspect négatif), mais lorsqu'elle est arrêtée par la direction du groupe. Cet arrêt a le mérite d'offrir aux salariés une arme juridique pour défendre leur droit à l'emploi mis à mal par les pratiques de groupes internationaux qui, jusqu'alors, décidaient en toute impunité de fermer en France une filiale prospère pour en délocaliser la production dans un pays où les coûts de production sont moindres.

340. Surtout, l'un des intérêts de cette décision résulte de l'hétérodoxie juridique du raisonnement de la Cour de cassation affirme d'abord que « *l'employeur a agi avec une légèreté blâmable* » alors même qu'il ressort de l'arrêt que c'est moins la société employeur que la direction du groupe qui s'est rendue coupable de légèreté blâmable en décidant de

¹ Cass. soc., 28 oct. 2008, n° 07-41.984, RJS 1/09, n° 24.

² En ce sens, F. AUBONNET, art. préc.

fermer une entreprise rentable pour accroître les profits du groupe. On pourrait de prime abord penser qu'il est relativement logique de sanctionner le comportement d'un employeur qui fait primer l'intérêt du groupe sur celui de l'entreprise, alors même qu'il est tenu de prendre ses décisions au regard de ce dernier, boussole de tout acte de gestion ; cependant, l'arrêt est très clair sur le fait que ce n'est pas vraiment l'employeur qui a pris cette décision... D'ailleurs, si l'arrêt *Goodyear* évoque d'abord la légèreté blâmable de l'employeur, la Cour de cassation approuve ensuite la condamnation non pas de la société employeur, pourtant désignée coupable de légèreté blâmable, mais d'une autre société du groupe « *venant aux droits de l'employeur* »¹.

Cette solution apparaît ainsi *a priori* en contradiction avec le principe de l'autonomie des personnes morales des différentes sociétés du groupe, dépourvu quant à lui de personnalité juridique. Si selon certains auteurs cette décision instaure une sorte de responsabilité du fait d'autrui², tel n'est pas le cas à notre sens. La société holding « *venant aux droits de l'employeur* » qui est condamnée possédant 100 % du capital de la société employeur on pourrait certes estimer que cela explique sans doute que lui soit imputée la légèreté blâmable de l'employeur au titre d'une sorte de responsabilité du fait d'autrui. Toutefois, cela nous semble peu probable eu égard d'une part à la position de la Cour de cassation relative au projet CATALA qui avait envisagé de créer un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui lorsqu'une personne contrôle l'activité économique d'une autre, proposition jugée inopportune par la Cour de cassation. Surtout, la Cour de cassation souligne que la décision de cessation d'activité a été prise par le groupe, il nous semble qu'implicitement elle reconnaît la possibilité d'engager la responsabilité d'une société du groupe pour le dommage résultant de **sa décision** de faire primer l'intérêt du groupe sur l'intérêt de l'entreprise en décidant de fermer une filiale prospère dans le seul souci d'augmenter la rentabilité du groupe.

341. Possible recours à la responsabilité civile délictuelle. Il semble envisageable que des salariés licenciés pour motif économique à la suite de la décision d'une des sociétés du groupe de fermer leur entreprise puissent engager la responsabilité de ladite société à la condition, cela va de soi, de démontrer l'existence d'une faute de sa part, d'un dommage et un lien de causalité les unissant. À ce titre, la Cour de cassation a d'ailleurs affirmé au visa des

¹ Cass. soc., 1^{er} fév. 2011, préc.

² En ce sens, P. MORVAN et J.-L. VALLENS, art. préc.

articles 1382 du Code civil, L. 1233-3 du Code du travail et 92 alinéa 2 du Code de procédure civile que les salariés d'une société liquidée « *étaient en droit d'agir contre [une autre société du groupe] sur le terrain délictuel, même si elle n'était pas leur employeur* » et qu'une telle action relevait de la compétence du conseil de prud'hommes¹. Il est notamment envisageable que soit reconnue la responsabilité d'une des sociétés du groupe et particulièrement de la société-mère, si celle-ci a commis une faute dans la gestion de la filiale en tant que dirigeant de fait. La notion de dirigeant de fait n'a jamais été définie par le législateur², elle a été laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond³.

Cependant, il ressort de l'effort de systématisation réalisé par la doctrine qu'est considéré comme dirigeant de fait celui qui accomplit des actes positifs de gestion ou de direction en toute indépendance⁴. Dès lors, un simple rôle de contrôle ou de surveillance ne saurait conférer la qualité de dirigeant de fait. Pour qu'une société du groupe puisse être qualifiée de dirigeant de fait de celle ayant licencié les salariés, il faudrait que la première se soit immiscée dans les fonctions de direction et de gestion de la seconde ce qui suppose des actes positifs de direction en toute indépendance. A ainsi été considérée comme dirigeant de fait une société qui, sous couvert d'un contrat de prestation de services avec une autre société, s'était réservé l'embauche et le licenciement du personnel de ladite société, la mise en place de son organisation administrative et financière, la définition de sa politique des prix, la négociation de ses contrats ainsi que sa politique commerciale⁵. Une société qui s'immisce dans la gestion d'une autre s'expose donc à être considérée comme dirigeant de fait et doit dès lors répondre de ses actes et notamment de ses fautes.

¹ Cass. soc., 28 sept. 2010, JCP S 2010, 1516, obs. S. BRISSY. Cet arrêt est particulièrement intéressant car les salariés ont obtenu non seulement la qualification de coemployeur d'une société du groupe, mais que de surcroît leur est reconnue la possibilité d'agir sur le terrain de la responsabilité délictuelle à l'égard d'une autre société du groupe.

² En ce sens, C. HANNOUN, Fasc. préc.

³ Cass. com., 2 fév. 1982 : Bull. civ. IV, n° 40 ; Cass. com., 23 juin 1982 : Bull. civ. IV, n° 248.

⁴ V. J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juil. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », D 1975, chron. p. 41 ; G. NOTTE, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », JCP 1980, I, 8560.

⁵ Cass. com., 19 déc. 1995, Bull. civ. IV, n° 307. De même, a été qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale la société mère qui exerce une influence prédominante sur sa filiale et dispose d'une autorité de fait sur la personne de ses responsables ; CA Aix-en-Provence, 8^{ème} ch., 26 mai 1981 : D. 1983, IR. p. 60, obs. F. DERRIDA ; RJ com. 1981, p. 344 ; La Chambre commerciale a également approuvé une Cour d'appel qui avait reconnu à l'encontre d'une société mère la qualité de dirigeant de fait de sa filiale après avoir constaté que « *le capital de la SBMA était détenu à près de 100 % par la Becob, par l'intermédiaire d'une société Finadis, société mère de la SBMA et filiale de la Becob, [et avoir relevé] (...) que la SBMA ne disposait d'une autonomie que pour les actes de gestion de la vie courante et que la Becob avait contraint la SBMA à transférer des factures de manière rétroactive, à modifier ses comptes, à changer de politique salariale, à prélever des excédents de trésorerie au profit d'autres sociétés du groupe en violation de ses statuts et à procéder, contre l'avis initial du dirigeant de la SBMA, [...], à la liquidation amiable de la société ainsi qu'à la fermeture de l'entreprise* », Cass. soc. 6 juin 2000, n° 96-21-134, inédit.

Toute faute ayant contribué au préjudice subi par les salariés est susceptible d'engager la responsabilité de la société en tant que dirigeant de fait. Il en va notamment ainsi lorsque cette dernière a commis une faute dans la gestion de la filiale employant les salariés telle, par exemple, que la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire ou le non-dépôt de bilan de la société alors même qu'elle en connaissait la situation catastrophique, ou laisser peu à peu mourir une société sur laquelle on exerce une direction de fait, sans jamais envisager de restructuration est en effet constitutif d'une faute¹. Par ailleurs, on pourrait interpréter l'arrêt *Goodyear* comme reconnaissant implicitement que constitue une faute, engageant sa responsabilité à l'encontre des salariés licenciés, la légèreté blâmable d'une société du groupe ayant décidé non seulement de la baisse d'activité d'une filiale dont elle détenait 100 % du capital mais aussi de fermer ladite filiale dans le seul souci de réaliser des économies et d'améliorer la rentabilité du groupe².

De surcroît, si un engagement contractuel à l'égard de la filiale a été pris par la société mère ou toute autre société du groupe mais n'a pas été satisfait et que cette inexécution a conduit à la cessation d'activité de l'entreprise et, partant, aux licenciements des salariés, tiers au contrat, ces derniers pourront agir contre la société-mère sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

En cas de procédure collective, le représentant des créanciers est, en principe, le seul à pouvoir agir en leur nom, l'action d'un créancier isolé contre un tiers est toutefois recevable lorsqu'il justifie d'un préjudice spécial et distinct de celui invoqué par les autres créanciers. Dans la mesure où seuls les salariés sont susceptibles d'invoquer un préjudice tenant dans la perte de leur emploi, ces dommages sont par essence distincts de ceux des autres créanciers et à ce titre offrent aux salariés la possibilité d'agir en dehors de la procédure collective contre l'une des sociétés du groupe dont la faute a contribué à la réalisation de leur préjudice³. Si la

¹ Ainsi commet une faute dont elle devra répondre, la société-mère qui ne prend pas les mesures qui s'imposent pour tenter de redresser la situation de sa filiale, pour réduire ses effectifs, pour réduire ses déficits et pour alerter ses dirigeants sociaux des risques encourus par la poursuite d'une exploitation gravement déficitaire ; Cass. com., 19 avr. 1995, préc. De même, constitue une faute de gestion la mise en place d'un montage juridique permettant aux associés de vendre des actions de la société qu'ils dirigeaient à une holding, qu'ils contrôlaient par ailleurs, sans faire appel au marché et alors que la situation de la société se dégradait au point que la poursuite de son activité ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements (CA Versailles, 4 mai 1995 : Bull. Joly Sociétés 1995, p. 788, note A. COURET) ; ou encore une avance non remboursable à une société dans laquelle les dirigeants poursuivis avaient des intérêts, alors que les résultats de la société prêteuse étaient inquiétants et qu'elle avait acquis de la société emprunteuse des matériels à un prix bien supérieur à celui qu'elle avait elle-même payé et qu'enfin la rémunération des dirigeants constituait une part importante de la perte des exercices successifs ; Cass. com., 9 janv. 1996, n° 94-10.225, inédit.

² Cass. soc., 1^{er} fév. 2011, *Goodyear*, préc. ; en ce sens également, J.-F. CESARO, « Le coemploi », RJS 2013, p. 3.

³ Cass. soc., 14 nov. 2007, *Bull.*, Bull. civ. V, n° 188 ; CSBP, 1^{er} février 2008, n° 197, p. 81, note C. CHARBONNEAU ; B. SAINTOURENS, « Restructuration d'un groupe de sociétés et procédure collective : action en responsabilité des salariés contre la société mère », Bull. Joly soc. 2008, n° 3, p. 223 ; G. AUZERO,

cessation d'activité de la filiale intervient dans le cadre d'une procédure collective, les salariés licenciés disposent d'actions propres au droit des entreprises en difficulté pour essayer d'atteindre une société du groupe ayant orchestré la cessation des paiements de leur employeur ayant conduit à leur licenciement, actions qui feront l'objet d'une étude dans le cadre du contrôle de la décision de licencier dans une entreprise soumise à une procédure collective.

342. Action envisagée par le rapport CATALA¹. Le rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations remis au Garde des Sceaux en 2005 envisageait de créer un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui pour « *faire peser une part de responsabilité encourue à la suite des dommages causés à l'occasion d'une activité économique sur les véritables décideurs, ce qui serait à la fois juste pour les professionnels en situation de dépendance, et plus protecteur des victimes* »². Le projet d'article 1360, alinéa 2, du Code civil énonçait à cet égard : « *de même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires* ».

Les rapports des groupes de travail de la Cour de cassation et du Sénat furent éminemment critiques sur cette proposition³. Ils estimèrent en effet qu'une telle mesure présentait un danger pour l'attractivité économique de la France, en ce qu'elle recelait « *en germe des risques de dépaysement de holdings implantées en France, et plus généralement de délocalisations des fonctions de direction et de contrôle de certains pans de l'économie* »⁴, mettant en exergue la tendance actuelle à l'analyse économique du droit. Au-delà de

« Recevabilité de l'action en responsabilité engagée par des salariés, créanciers d'un débiteur en procédure collective, contre un tiers », *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° N2145BDS ; JCP S 2008, 1081, note F. DUMONT ; RDT 2008, p. 104, note Y. CHAGNY.

¹ P. CATALA, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), remis le 22 septembre 2006 au Garde des sceaux, La Documentation française, 2006, 208 pages.

² In le rapport CATALA préc., sous titre 3 « de la responsabilité civile », « exposé des motifs » par G. VINEY, p. 167.

³ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, du 15 juin 2007 (à l'initiative du Premier Président et du Procureur général près la Cour, et composé de magistrats du siège et du Parquet appartenant aux 5 chambres civiles de la Cour, afin d'émettre un avis sur le projet CATALA) ; Rapport d'information n° 558 (2008-2009) A. ANZIANI et L. BETEILLE, fait au nom de la Commission des lois du Sénat, déposé le 15 juil. 2009.

⁴ Rapport de la Cour de cassation, préc.

l'inopportunité de cette proposition, ils fustigeaient la remise en cause du principe de « *l'autonomie de la personnalité morale dont est dotée chacune des sociétés du groupe, alors que le groupe lui-même n'est consacré dans notre droit que de manière (...) marginale (...), trop marginale sans doute pour qu'un système de responsabilité puisse être bâti sur ce fondement* »¹. Si le rapport du groupe de travail du Sénat n'était « *pas favorable à la consécration de l'existence d'une responsabilité sans faute du fait d'un état de dépendance économique* », il jugeait « *préférable de favoriser une acceptation plus souple du comportement fautif d'une personne ayant autorité économique sur une autre, par le jeu normal de la responsabilité pour faute* »². Le principe d'une responsabilité du fait d'un état de dépendance économique fut donc rejeté, ce que l'on ne peut que regretter.

343. En effet, instituer une responsabilité sans faute de la société mère pour les dommages causés par ses filiales dont elle contrôle l'activité économique, voire une responsabilité de la société sœur sous la dépendance de laquelle se trouve l'une des filiales, aurait véritablement permis d'appréhender la réalité économique et organisationnelle du pouvoir au sein des groupes de sociétés et de dépasser un certain nombre de contradictions. Ainsi, le droit du travail est fondé sur un rapport d'autorité dual entre employeur et salarié unis par un contrat synallagmatique créateur d'obligations réciproques. Le droit du travail, en son entier, est basé sur cette relation n'impliquant que ces deux sujets de droit, même s'il fait preuve de réalisme en prenant en considération l'existence des groupes et la réalité organisationnelle des entreprises dont la gestion interdépendante est mise en place au niveau du groupe. Cette appréhension du phénomène des groupes par le droit du travail est par trop restrictive³ et se trouve limitée par l'absence de personnalité juridique de ces derniers qui bénéficient de la position la plus enviable qui soit : concentration du pouvoir alliée à la décentralisation juridique impliquant un éclatement des responsabilités. L'instauration de ce nouveau cas de responsabilité aurait ainsi permis de « recoller » à la réalité du groupe dont la société dirigeante ne saurait continuer à être juridiquement irresponsable alors même qu'elle est responsable (coupable ?) des prises de décisions dont ses membres se trouvent très ironiquement responsables devant les tribunaux⁴. Nous regrettons que ce projet ait avorté pour

¹ Rapport de la Cour de cassation, préc.

² Rapport du Sénat, préc.

³ En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « L'extinction de la relation de travail dans les groupes », Dr. soc. 2010, p. 763. Sur la nécessité de repenser le concept d'employeur, V. M.-A. MOREAU, « Les restructurations dans les groupes multinationaux », Dr. soc. 2010, p. 1052.

⁴ L'emploi des concepts de « coupable » et « responsable » est présent dans l'article de F. FAVENNEC-HERY, préc.

des motifs présumés d'attractivité économique de notre pays alors même qu'il aurait permis de pallier les inconvénients de l'appréhension juridique de la relation de travail sous le prisme unique du rapport salarié/employeur.

Le concept d'employeur tel qu'il domine le droit du travail n'est plus en adéquation avec la réalité du pouvoir de décision tel qu'il est organisé de nos jours¹. Cette conception de l'employeur véritable décisionnaire, gestionnaire autonome de son entreprise, ne correspond plus à la réalité des groupes et moins encore à celle entreprises financiarisées. En sus de bénéficier de la concentration du pouvoir et de la décentralisation juridique, ils jouissent d'une liberté d'établissement leur permettant de faire du *dumping social* et du *forum law shopping* à volonté. Repenser le concept d'employeur, fondement du droit du travail, apparaît essentiel. Si cette refondation du droit social semble bien illusoire, l'essor de la théorie des coemployeurs en jurisprudence participe en réalité de cette dynamique qui prend en compte l'existence d'« employeurs subordonnés »².

En tout état de cause, on ne peut que saluer la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Goodyear* qui envoie ainsi un signal fort aux directions de groupes peu scrupuleuses qui utilisent les montages sociétaires pour contourner le droit social. L'absence de personnalité morale du groupe et l'autonomie des différentes sociétés qui le composent ouvrent des brèches permettant de contourner de nombreux principes fondamentaux du droit du licenciement pour motif économique, qu'il s'agisse de l'interdiction des licenciements d'économie ou de l'obligation de reclassement, ainsi que de la possibilité d'instrumentaliser le droit des procédures collectives pour bénéficier du contrôle spécifique dont sont l'objet les licenciements prononcés dans ce cadre.

On ne peut à ce titre que se féliciter des solutions adoptées par les arrêts *Jungheinrich* et *Goodyear* qui viennent contrecarrer les pratiques discutables de grands groupes prompts à sacrifier l'emploi de nombreux salariés dans l'unique but d'augmenter leurs profits en réduisant les coûts alors même que leur entreprise était tout à fait rentable³. S'il convient de ne pas exagérer la portée de ces solutions qui sont des arrêts de rejet, la volonté de la Cour de cassation de condamner les tentatives d'éviction du droit du licenciement pour motif

¹ V. C. HANNOUN, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », SSL 2011, n°1508, p. 97-102 ; « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », RDT 2008, p. 288-295

² Expression de P.-H. D'ORNANO, art. préc.

³ et regretter en revanche qu'elles soient inapplicables aux entreprises financiarisées dont les véritables « décideurs » sont invisibles...

économique semble réelle¹. Ainsi, il semblerait que l'affirmation d'éminents auteurs, spécialistes de droit des sociétés, selon laquelle « les associés peuvent, à volonté, faire disparaître l'entreprise exploitée »² doive désormais être nuancée lorsque la société est membre d'une groupe.

Si la cessation d'activité est censée être une cause autonome de licenciement dont les juges n'ont pas à contrôler l'origine, il semble bien que les salariés qui seraient licenciés à la suite de la décision de cesser totalement et définitivement l'activité de l'entreprise prise, non pas par leur employeur, mais par une société du groupe, disposent « d'armes juridiques » pour obtenir des dommages et intérêts pour la perte injustifiée de leur emploi, lorsque cette décision est fondée sur le seul souci d'augmenter la rentabilité du groupe et de faire des économies... Cependant, à l'instar de la caractérisation d'une situation de coemploi postérieure au licenciement, le droit social ne permet aux salariés que d'obtenir des dommages et intérêts une fois leur contrat rompu ; il est impuissant face à la décision arrêtée par la direction du groupe de se restructurer en fermant une filiale prospère en France pour en délocaliser la production sous des cieux où le coût du travail est moins élevé...

Impuissant face aux décisions de restructuration consistant à prononcer des licenciements pour motif économique, le droit social tente tout de même de les encadrer en exigeant que les ruptures soient fondées sur une cause économique légitime. De ce point de vue, la jurisprudence élaborée par la Cour de cassation relative au contrôle de la cause économique de licenciement ne peut que susciter l'adhésion tant elle a su protéger le droit à l'emploi des salariés sans jamais porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Elle a su, arrêt après arrêt, fixer une ligne socialement exigeante et économiquement réaliste.

La Cour de cassation a donc bâti une véritable jurisprudence de la cause économique, faisant preuve de créativité en utilisant les possibilités offertes par l'adverbe « *notamment* » pour ériger en causes autonomes de licenciement la nécessité sauvegarder la compétitivité et la cessation d'activité de l'entreprise. Non contente de « découvrir » de nouvelles causes économiques de licenciement, elle s'est aussi attachée à définir avec rigueur les difficultés économiques et mutations technologiques à même de fonder une rupture pour motif économique.

¹ Comme en témoigne également sa jurisprudence relative à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

² P. LECANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Précis Domat Montchrétien, 3^{ème} éd., 2009, n° 595.

Soucieuse de préserver le droit à l'emploi des salariés, elle a donc construit une jurisprudence rigoureuse des causes économiques susceptibles de justifier une restructuration destructrice d'emplois en tenant compte des réalités économiques, comme en témoigne le périmètre d'appréciation de la situation économique qui n'est pas cantonné à l'entreprise mais s'étend au groupe.

Ainsi que le prévoit l'article L. 1233-3 du Code du travail, une cause économique légitime ne saurait à elle seule fonder le prononcé de licenciements pour motif économique, encore faut-il qu'elle ait une incidence sur l'emploi, terrain sur lequel le patronat s'est placé pour tenter de redéfinir le licenciement pour motif économique.

§ 2 : L'exigence d'un effet sur l'emploi

344. Pour qu'une décision de restructuration consistant à prononcer un licenciement pour motif économique soit justifiée, il ne suffit pas qu'une cause économique licite existe. Les difficultés économiques, mutations technologiques, nécessité de sauvegarder la compétitivité ou la cessation d'activité de l'entreprise doivent avoir une incidence sur l'emploi du salarié concerné. La définition du licenciement pour motif économique n'est complète que si l'une des causes susmentionnées produit un effet sur le contrat de travail. Ainsi, l'article L. 1233-3 du Code du travail exige que le motif économique ait entraîné la suppression, la transformation de l'emploi du salarié ou encore une modification de son contrat par lui refusée.

345. Le premier projet d'accord présenté aux syndicats par le MEDEF le 14 novembre 2012 envisageait de redéfinir le licenciement pour motif économique en cantonnant l'application des dispositions relatives au droit du licenciement pour motif économique aux seules restructurations impliquant des ruptures consécutives à une suppression d'emploi¹. L'organisation patronale suggérait ainsi que soient distinguées les « *opérations conduites dans l'intérêt de l'entreprise et qui n'impliquent pas de suppressions d'emplois, et qui font l'objet d'un plan de redéploiement [de] celles qui sont menées pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou faire face à des difficultés économiques ou à des mutations*

¹ Projet d'ANI soumis par le MEDEF aux syndicats le 14 novembre 2012, préc.

technologiques, et qui s'accompagnent de suppressions d'emplois. »¹. Ainsi, l'organisation patronale souhaitait-elle que les licenciements décidés dans le cadre d'une restructuration suite au refus d'une modification du contrat ou d'une transformation d'emploi pour un motif non inhérent à la personne du salarié ne soient plus qualifiés de licenciement pour motif économique, à la condition toutefois que les modifications ou transformations proposées aux salariés constituent « *des offres raisonnables d'emploi* »².

Cette proposition de redéfinition du licenciement pour motif économique aurait ainsi entraîné la réécriture de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1233-3 du Code du travail mais également une nouvelle rédaction, voire la suppression, de son alinéa 2 en vertu duquel toute rupture résultant d'un motif économique est soumise droit du licenciement pour motif économique³. Toutes les décisions de restructuration consistant à transformer des emplois ou à modifier les contrats des salariés « *dans l'intérêt de l'entreprise* », *id est* pour un motif non inhérent à la personne du salarié, auraient donc échappé à l'exigence d'une cause économique légitime sous réserve que les propositions faites aux salariés constituent des « *offres raisonnables d'emploi* », expression utilisée par le Code du travail concernant les demandeurs d'emploi, non les salariés⁴... Le parallèle opéré par ce projet entre salariés et demandeurs d'emploi était ainsi particulièrement choquant en ce qu'il suggérerait qu'une offre qu'un demandeur d'emploi ne peut, sous peine de radiation, librement refuser deux fois sauf motif légitime⁵, devrait être acceptée par un salarié dans l'intérêt de l'entreprise sous peine de perdre son emploi⁶, la rupture du contrat dans une telle hypothèse lui étant de surcroît imputable. Le projet prévoyait en effet que le motif de la rupture serait alors « *le refus de cette modification* »⁷ ; *exit* l'obligation d'adaptation et de reclassement préalable à toute rupture pour motif économique, celle de respecter le droit des licenciements collectifs et notamment la procédure d'information/consultation des représentants du personnel ainsi que l'éventuelle obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi en cas de refus par dix salariés au moins sur une période de trente jours d'une modification de leur contrat ou d'une transformation de leur

¹ Projet d'ANI soumis par le MEDEF aux syndicats le 14 novembre 2012, préc., IV, A.

² Projet d'ANI soumis par le MEDEF aux syndicats le 14 novembre 2012, préc., IV, B.

³ En ce sens également, D. BAUGARD et R. BEN HAMZA, art. préc.

⁴ Art. L. 5411-6 et s., C. trav. ; l'offre raisonnable d'emploi est définie dans le cadre du projet personnalisé d'accès à l'emploi établi entre le demandeur d'emploi et Pôle emploi (art. L. 5411-6-2, C. trav.).

⁵ Art. L. 5412-1, 2°, C. trav.

⁶ En ce sens, également, D. BAUGARD et R. BEN HAMZA, art. préc.

⁷ Projet d'ANI soumis par le MEDEF aux syndicats le 14 novembre 2012, IV, B.

emploi constitutive d'une « *offre raisonnable d'emploi* » dans une entreprise de cinquante salariés au moins¹.

Cette proposition de redéfinition du licenciement pour motif économique, attentatoire à notre sens à la liberté contractuelle en mettant en cause le droit d'un salarié de refuser une modification de son contrat², fut rejetée par les syndicats et disparut du second projet d'accord soumis par le MEDEF et, partant, ne figure pas dans l'accord conclu le 11 janvier 2013³. De surcroît, exclusion de la qualification de licenciement pour motif économique les ruptures consécutives à un « *plan de redéploiement* » eut été contraire au droit européen. Le Royaume Uni a en effet été condamné pour avoir mal transposé la directive du 17 février 1975 relative aux licenciements collectifs⁴, notamment parce que l'*Employment Protection Act* de 1975, censé transposer cette directive, excluait de la catégorie des licenciements pour motif économique « *les cas où les travailleurs sont licenciés à la suite d'une réorganisation de l'entreprise indépendante du niveau d'activité de cette dernière* »⁵.

Ainsi, si l'ANI 11 janvier 2013 et la loi du 14 juin 2013 ne modifient pas directement la définition du licenciement pour motif économique et du champ d'application du droit du licenciement pour motif économique, tel que défini par l'article L. 1233-3, alinéa deux, du Code du travail, ils le font indirectement à travers le régime de la rupture du contrat d'un salarié refusant une mesure de mobilité conventionnelle prévue dans un accord de mobilité interne ou refusant l'application d'un accord de maintien de l'emploi⁶. Pour mémoire, alors même que la conclusion de ces accords est susceptible, pour un motif non inhérent à la personne du salarié, de remettre en cause des éléments essentiels de son contrat que sont le secteur géographique dans lequel il peut être appelé à travailler, ses fonctions, sa durée du travail ou sa rémunération, lorsque l'employeur « propose » l'application de l'un ou l'autre de ces accords aux salariés, cette proposition n'est pas qualifiée de « proposition de modification

¹ Le IV, B, du premier projet soumis par le MEDEF prévoyait en effet qu'« *En cas de modification du contrat, telle que visée ci-dessus [c'est-à-dire correspondant à une offre raisonnable d'emploi, proposée dans la cadre d'un plan de redéploiement], n'impliquant pas de suppression de postes, et refusée par le salarié, mise en place d'une procédure courte et sécurisée. Consultation du [comité d'entreprise], qui est informé du nombre de salariés concernés et de la nature des modifications proposées. Le refus du salarié entraîne la rupture de son contrat de travail. Cette rupture a pour motif le refus de cette modification. Elle ouvre droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement et à la prise en charge par le [régime d'assurance chômage].* » ; Projet d'ANI soumis par le MEDEF aux syndicats le 14 novembre 2012, préc.

² En ce sens également de manière plus nuancée, D. BAUGARD et R. BEN HAMZA, art. préc.

³ ANI du 11 janv. préc.

⁴ Dir. 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE L 48, p. 29.

⁵ CJCE, aff. C-383/92, 8 juin 1994, Commission / Royaume Uni, Rec. 1994, p. I 2479 ; Dr. soc., p. 923, obs. G. LYON-CAEN.

⁶ Art. L. 2242-23, C. trav. relatif au licenciement consécutif au refus d'une mesure de mobilité prévue par un accord de mobilité interne, ; et art. L. 5125-2, C. trav. relatif au licenciement d'un salarié opposant à un accord de maintien de l'emploi.

du contrat » puisqu'en cas d'acceptation par le salarié son contrat ne sera pas modifié mais les clauses contraires à l'accord seront simplement suspendues¹...

Surtout, le refus par le salarié d'une mesure de mobilité prévue par un accord de mobilité interne, tout comme celui de l'application d'un accord de maintien de l'emploi, donne lieu à son licenciement, certes légalement qualifié de licenciement pour motif économique, mais il s'agit d'un motif économique *sui generis* échappant à l'application du droit commun du licenciement pour motif économique, qu'il s'agisse de la mise à l'écart du droit des licenciements collectifs, quel que soit le nombre de salariés opposant à l'accord de mobilité interne ou de maintien de l'emploi², ou de celle de l'obligation de reclassement telle qu'elle résulte des articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail en présence d'un accord de mobilité interne admis à adapter ces dispositions³.

Ainsi, en réalité, si l'article L. 1233-3 du Code du travail n'a pas été frontalement remis en cause et que ne sont pas distinguées, comme le souhaitait le MEDEF dans son premier projet, les restructurations correspondant à des « *plans de redéploiement* » n'entraînant pas de suppressions d'emploi et échappant au droit du licenciement pour motif économique, de celles décidées pour une cause économique impliquant des suppressions d'emploi, en réalité cette distinction a été mise en œuvre à travers les dispositions relatives aux accords de mobilité interne et de maintien de l'emploi.

En effet, désormais coexistent dans le Code du travail deux types de réorganisations qui ne sont pas soumises au même régime juridique. D'un côté existent les restructurations tenant en des « propositions de mobilité conventionnelles » dans le cadre de mesures d'organisation courantes prévues par un accord de mobilité interne ou des « propositions d'aménagement de la durée du travail et/ou de la rémunération » prévues dans un accord de maintien de l'emploi pour faire face à de graves difficultés économiques, propositions qui, si elles sont refusées par un ou plusieurs salariés, donneront lieu à leur licenciement reposant sur un motif *sui generis* échappant *a priori* aux garanties offertes par le droit du licenciement collectif quel que soit le nombre de salariés opposants⁴. De l'autre côté, existent les

¹ Art. L. 2242-23, C. trav. relatif aux accords de mobilité interne, et art. L. 5125-2, C. trav. relatif aux accords de maintien de l'emploi.

² Art. L. 2242-23, C. trav. relatif au licenciement consécutif au refus d'une mesure de mobilité prévue par un accord de mobilité interne et art. L. 5125-2, C. trav. relatif au licenciement d'un salarié opposant à un accord de maintien de l'emploi

³ Art. L. 2242-23, C. trav., *in fine*

⁴ A notre sens, la mise à l'écart du droit des licenciements collectifs est contraire au droit européen et il semble plus que probable que les juges décideront, en application de la directive n° 98/59/CE du 20 juillet 1998, de soumettre les licenciements consécutifs au refus par plusieurs salariés d'une mesure de mobilité conventionnelle prévue par un accord de mobilité interne ou de l'application d'un accord de maintien de l'emploi au droit des

restructurations se traduisant par des propositions de modification du contrat de travail ou des transformations d'emploi pour un motif non inhérent à la personne du salarié tel que défini à l'article L. 1233-3 du Code du travail qui, si elles sont refusées par un ou plusieurs salariés, donneront lieu au prononcé de leur licenciement selon le droit commun du licenciement pour motif économique, et le cas échéant imposeront à l'employeur de respecter le droit des licenciements collectifs...

Dans la mesure où la rédaction de l'article L. 1233-3 du Code du travail n'a pas été retouchée par la loi de sécurisation de l'emploi, pour qu'un licenciement pour motif économique soit justifié, hors hypothèse de celui consécutif au refus du salarié de se soumettre à un accord de mobilité interne ou de maintien de l'emploi, il est donc toujours nécessaire qu'une cause économique légitime ait un effet sur l'emploi ou le contrat du salarié. De ce point de vue, et dans le souci de contrecarrer les pratiques frauduleuses de certains employeurs, la Cour de cassation impose donc aux juges du fond de contrôler la réalité de l'effet sur l'emploi de la cause économique invoquée par l'employeur. Dans la mesure où la légitimité d'un licenciement pour motif économique n'est admise par le législateur que dans trois hypothèses, il appartient au juge de vérifier que la restructuration mise en œuvre par l'employeur, motivée par des difficultés économiques, des mutations technologiques ou la sauvegarde de la compétitivité a bien pour effet d'entraîner la suppression (A) ou la transformation de l'emploi du salarié (B) voire la modification de son contrat, modification refusée par le salarié (C).

A - La suppression d'emploi

346. S'agissant de la suppression d'emploi, il est indispensable que celui du salarié soit effectivement supprimé, ce qui recouvre deux hypothèses : soit l'emploi est purement et simplement supprimé du fait de la disparition des tâches, soit il est supprimé alors même que les attributions qui jusqu'à lors étaient confiées au salarié subsistent.

licenciements collectifs ; dir n° 98/59/CE, du 20 juil.1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE 12 août 1998, L. 225/16.

347. *Suppression d'emploi caractérisée par la disparition des tâches confiées au salarié.* Dès lors que les fonctions exercées par le salarié disparaissent du fait d'une réorganisation de l'entreprise fondée sur une cause économique légitime, la suppression d'emploi est caractérisée. Il appartient donc aux juges du fond de s'assurer de la réalité de cette suppression, réalité qui est établie par exemple dès lors qu'en raison d'une prise de contrôle d'une société par une autre, les fonctions de secrétaire de la direction générale sont supprimées¹. De même, il y a bien suppression d'emploi lorsque la tâche d'entretien précédemment confiée au salarié est supprimée², ou lorsqu'il est mis fin aux fonctions de directeur financier sans que le poste ne soit recréé dans la nouvelle structure issue de la restructuration³.

348. *Suppression d'emploi en l'absence de disparition des tâches confiées au salarié.* Une réorganisation de l'entreprise fondée sur des difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder sa compétitivité peut avoir pour conséquence la suppression de l'emploi du salarié alors même que ses fonctions subsistent. L'employeur peut en effet au nom de sa liberté d'entreprendre, dont découle la liberté de gestion, décider de confier à d'autres personnes les tâches jusqu'alors accomplies par le salarié licencié. Pour autant, dans une telle hypothèse, le licenciement n'aura de cause réelle et sérieuse qu'à la stricte condition que l'employeur ne procède à aucune embauche pour remplacer le salarié, la suppression d'emploi étant exclusive de tout recrutement d'un successeur au salarié licencié⁴. Ainsi, le remplacement d'un salarié licencié pour motif économique par des salariés intérimaires⁵ ou en contrat à durée déterminée⁶ démontre que les suppressions d'emploi alléguées ne sont pas réelles. Il convient d'indiquer que l'argument selon lequel le salarié licencié a été remplacé par un salarié dont la rémunération est beaucoup plus faible n'est pas recevable, le licenciement

¹ Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 91-41.079, inédit.

² Cass. soc., 13 juil. 1993, n° 90-42.658 ; de même lorsque l'entreprise abandonne pour une raison économique légitime son activité de gardiennage, la réalité de la suppression d'emploi est établie, Cass. soc., 12 janv. 1994, n° 92-42.082, inédit.

³ Cass. soc., 29 juin 1994, n° 93-40.491, inédit.

⁴ Cass. soc., 24 avr. 1990, n° 88-44.700, inédit ; Cass. soc., 22 fév. 1995, Bull. civ. V, n° 67 ; Cass. soc., 20 oct. 1994, n° 93-41.427, inédit.

⁵ Cass. soc., 1^{er} déc. 1993, n° 92-40.760, inédit ; Cass. soc., 1^{er} mars 2000, Bull. civ. V, n° 82 ; V. *a contrario*, un arrêt dans lequel la Cour de cassation casse un arrêt d'une Cour d'appel ayant déclaré sans cause réelle et sérieuse la rupture du contrat d'un salarié au motif que l'employeur avait eu après recours ponctuellement à « des extras », la Cour de cassation estimant que la Cour d'appel n'a pas recherché si l'emploi avait ou non été supprimé, en ce sens Cass. soc., 10 janv. 1995, Bull. civ. V, n° 20.

⁶ Cass. soc., 12 fév. 1997, préc. ; Cass. soc., 12 fév. 1997, Bull. civ. V, n° 58

d'économie étant illégal, la rupture est dépourvue de cause réelle et sérieuse faute de véritable suppression d'emploi¹.

Si l'employeur ne peut procéder à un recrutement afin de remplacer le salarié licencié, la Cour de cassation considère en revanche que l'emploi du salarié licencié a bien été supprimé dès lors que ses fonctions ont été confiées à un autre salarié de l'entreprise², y compris si les tâches jusqu'à lors attribuées à ce dernier sont réparties entre plusieurs membres du personnel³. De même, à la suite de difficultés économiques, l'employeur peut supprimer un emploi en reprenant lui-même le poste du salarié licencié⁴, ou en faisant occuper la fonction par un collaborateur bénévole⁵ ou par un directeur général⁶.

La suppression du poste est également effective lorsque le gérant en qualité de mandataire social reprend les activités exercées par le salarié licencié⁷ ou lorsqu'il décide de recourir à une entreprise sous-traitante pour assurer le gardiennage jusqu'à lors effectué par le salarié licencié⁸. Caractérise également une suppression de poste le regroupement de deux emplois⁹, ou l'intégration des tâches dans un autre poste¹⁰.

Ainsi, dans l'hypothèse où les attributions du salarié licencié ne disparaissent pas après la rupture de son contrat, le critère discriminant de la suppression effective de son emploi est l'absence d'embauche par l'employeur d'un nouveau salarié.

349. *Ordre des licenciements.* À la différence du licenciement pour motif personnel qui ne concerne pas l'emploi du salarié mais uniquement sa présence au sein de l'entreprise, le licenciement pour motif économique vise un ou des emploi(s) dont le nombre et la catégorie sont déterminés par le projet de restructuration, indépendamment de leurs titulaires. Ainsi, la cause économique affecte l'emploi sans que l'identité des salariés licenciés ne soit déterminée, sauf suppression de l'ensemble des emplois d'une même catégorie. La dissociation entre les emplois concernés par la cause économique fondant la restructuration et leurs titulaires implique une sélection des salariés qui seront licenciés et la détermination de

¹ Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-44.339, inédit.

² Cass. soc., 17 mai 1994, n° 92-44.982, inédit ; Cass. soc., 21 juil. 1994, n° 92-44.870, inédit. Cass. soc., 29 janv. 1992, Bull. civ. V, n° 51 ; Cass. soc., 2 juin 1993, Bull. civ. V, n° 155.

³ Cass. soc., 8 oct. 1998, n° 96-43.481, inédit ; Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-27.675, inédit.

⁴ Cass. soc., 18 oct. 1995, 94-41.520, inédit ; Cass. soc., 30 nov. 1994, n° 93-44.221, inédit.

⁵ Cass. soc., 7 oct. 1992, Bull. civ. V, n° 502.

⁶ Cass. soc., 29 janv. 1992, Bull. civ. V, n° 51.

⁷ Cass. soc., 6 juin 2000, n° 98-40.334, inédit.

⁸ Cass. soc., 12 janv. 1994, n° 92-41.687, inédit ; en ce sens aussi Cass. soc., 8 juil. 1997, n° 95-42.581, inédit.

⁹ Cass. soc., 22 mars 1995, Bull. civ. V, n° 104.

¹⁰ Cass. soc., 29 janv. 1992, Bull. civ. V, n° 52.

critères objectifs permettant de les distinguer. C'est pourquoi, en application de l'article L. 1233-5 du Code du travail, l'employeur a l'obligation d'établir l'ordre des licenciements sur la base de critères unilatéralement fixés après avoir consulté les représentants du personnel, ou négociés avec les organisations syndicales représentatives en cas d'accord majoritaire portant notamment sur le plan de sauvegarde de l'emploi¹.

Ainsi, il est possible que l'ordre des licenciements désigne un salarié dont le poste est maintenu alors même qu'un emploi de même type est supprimé dans l'entreprise. Dans ce cas de figure, les juges admettent logiquement qu'il y a suppression d'emploi bien que le poste du salarié licencié survive à la restructuration, dès lors qu'un emploi similaire a été supprimé dans l'entreprise et que le salarié licencié l'a été en application des règles relatives à l'ordre des licenciements auxquelles l'employeur ne saurait se soustraire².

350. Cadre d'appréciation de la suppression d'emploi. La Cour de cassation a également précisé le cadre spatio-temporel dans lequel devait être appréciée la réalité de la suppression d'emploi. Ainsi, s'agissant du moment auquel doit être caractérisée la suppression, la Cour de cassation impose fort logiquement aux juges du fond de se placer au moment du licenciement. La suppression d'emploi doit donc être concomitante au licenciement pour pouvoir fonder ce dernier, une suppression antérieure n'étant pas à même de justifier la rupture³.

Quant au niveau d'appréciation de la suppression d'emploi, elle a décidé qu'il s'agissait de celui de l'entreprise, à l'exclusion du groupe. Elle a ainsi censuré dans l'arrêt *Vidéocolor* l'analyse des juges du fond selon laquelle « *dans la mesure où les emplois des salariés de l'établissement de Lyon n'ont pas été supprimés mais transférés vers d'autres sites, la fabrication des produits réalisés dans cet établissement, loin d'avoir cessé, ayant été reprise dans les usines de Genlis et de Belo Horizonte* » les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation a refusé de suivre ce raisonnement selon lequel les emplois n'étaient pas supprimés mais déplacés dans d'autres entreprises du groupe et a dégagé le principe selon lequel c'est à l'échelle de l'entreprise que doit être caractérisée la suppression de l'emploi⁴.

¹ art. L. 1233-24-2, C. trav.

² Cass. soc., 29 juin 1994, Bull. civ. V, n° 216 ; D. 1994, IR 214 ; RJS 1994, n° 970 ; Cass. soc., 13 juin 1996, Bull. civ. V, n° 237 ; RJS 1996, n° 776.

³ Cass. soc., 8 janv. 2002, n° 99-46.118, inédit, dans lequel elle affirme que la suppression effective de l'emploi du salarié ayant eu lieu le 1^{er} janvier 1994, elle ne saurait fonder un licenciement prononcé le 12 décembre 1995.

⁴ Cass. soc., 5 avr. 1995, *Vidéocolor*, Bull. civ. V, n° 123, préc.

Dans la mesure où la suppression d'emploi s'apprécie au niveau de l'entreprise, l'employeur ne peut se situer à celui du groupe pour invoquer la réalité de la suppression de l'emploi en remplaçant le salarié licencié par un salarié de la société mère¹. L'incidence sur l'emploi devant être caractérisée au niveau de l'entreprise, l'employeur qui décide de supprimer un emploi tout en maintenant les tâches jusqu'alors effectuées par le salarié licencié ne peut confier ces dernières qu'à des salariés de l'entreprise, non du groupe. À défaut la rupture est dépourvue de cause réelle et sérieuse. Il en va de même lorsqu'une société-mère détache un salarié dans l'une de ses filiales ; elle ne peut invoquer à l'appui de son licenciement la suppression de son emploi dans l'entreprise de détachement puisque la suppression de l'emploi d'un salarié détaché de l'entreprise d'accueil n'implique pas celle de son poste au sein de l'entreprise d'origine². Ainsi, si la société-mère entend licencier le salarié détaché, elle doit fonder la rupture sur un motif distinct de celui invoqué par sa filiale et démontrer l'incidence de cette cause sur l'emploi du salarié. Les juges s'attachent à vérifier l'effectivité de la suppression de l'emploi du salarié exclusive de toute embauche destinée à pourvoir son poste que celle-ci soit ultérieure ou antérieure au licenciement³.

Outre la suppression d'emplois, l'article L. 1233-3 du Code du travail envisage la transformation d'emploi en tant qu'incidence sur l'emploi susceptible de justifier le prononcé d'un licenciement pour motif économique.

B - La transformation d'emploi

351. Transformation d'emploi, novation de l'obligation relative à la prestation de travail. Au titre des conséquences sur l'emploi qu'un motif économique légitime peut avoir, le législateur de 1989 a prévu la transformation d'emploi⁴. S'il peut de prime abord apparaître redondant qu'aux côtés de la modification du contrat de travail soit envisagée la transformation d'emploi ; il n'en est en réalité rien dans la mesure où ces deux hypothèses sont distinctes. En effet, la transformation d'emploi implique une transsubstantiation, un véritable bouleversement dans l'emploi à la différence d'une modification « envisagée comme une

¹ Cass. soc., 16 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 11 ; RJS 2001, n° 292 ; Dr. soc. 2001, p. 559, obs. J. MOULY.

² Cass. soc., 3 mars 1993, Dr. soc. 1993, p. 386 ; JCP E 1993, I, 262, n° 10, obs. P. COURSIER.

³ Cass. soc., 10 mai 1994, n° 92-44.776, inédit.

⁴ Loi du 2 août 1989, préc.

simple évolution des conditions contractuelles d'emploi touchant par exemple le salaire, la durée ou le lieu du travail »¹. Michel HENRY estime ainsi que « la transformation d'emplois concerne l'emploi qui subit dans ses spécifications des modifications substantielles qui en altèrent profondément la nature »². La transformation d'emploi implique que soient affectées non seulement les fonctions du salarié, ses attributions, sa place dans l'organigramme ou la hiérarchie, ses responsabilités mais aussi la qualification professionnelle nécessaire à l'occupation du poste, le nouvel emploi impliquant l'acquisition de compétences nouvelles³. En d'autres termes, Sébastien MILLET estime que la transformation d'emploi recouvre « un changement de métier ou de qualification du salarié »⁴.

La « métamorphose » de l'obligation du salarié de fournir une prestation de travail est telle qu'elle diffère d'une simple modification de cette obligation, cette dernière est en réalité novée. La transformation d'emploi consiste à notre sens en une novation de l'obligation relative à la fourniture de la prestation de travail du salarié⁵. En effet, la novation d'une obligation implique l'extinction de l'obligation originelle du fait de sa métamorphose en une obligation nouvelle. La novation suppose « un changement essentiel de l'obligation originaire faute de quoi il y aurait simple modification de l'obligation ; si le changement est trop important, l'obligation nouvelle n'a plus de lien avec l'ancienne »⁶. La novation d'une obligation implique la réunion de trois conditions qui semblent remplies lorsque le salarié accepte la transformation de son emploi pour un motif économique évitant ainsi d'être licencié.

Il est en effet indispensable d'une part qu'existe une obligation ancienne : en l'occurrence celle de fournir la prestation de travail à laquelle correspondait son emploi avant la proposition de transformation de ce dernier pour un motif économique, obligation ancienne que la novation éteint. D'autre part, il faut que cette obligation ancienne éteinte par la novation entraîne la naissance d'une obligation nouvelle en l'occurrence celle de fournir la prestation de travail correspondant au nouvel emploi proposé par l'employeur dans le cadre de la restructuration. Enfin, il est indispensable que soit caractérisé l'*animus novandi*, c'est-à-dire l'intention de nover, qui ne se présume pas mais doit résulter clairement d'un acte, en

¹ S. MILLET, « Les transformations d'emplois, du licenciement à la gestion prévisionnelle », JCP S 2007, 1598.

² M. HENRY, art. préc.

³ En ce sens, S. MILLET, art. préc. ; Cass. soc., 16 déc. 1997, n° 95-41.816, inédit, relatif à la transformation d'emploi d'un salarié impliquant des compétences nouvelles.

⁴ S. MILLET, art. préc.

⁵ Sur la novation, V. art. 1271 et s. C. civ. et les développements de P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. préc.*, p. 667 et s.

⁶ P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. préc.*, p. 667.

l'occurrence la conclusion d'un avenant au contrat de travail dans lequel le salarié accepte le nouvel emploi qui lui est proposé par l'employeur pour un motif économique.

À l'inverse, s'il refuse la transformation d'emploi proposée par l'employeur pour un motif économique, la rupture de son contrat en résultant est donc qualifiée de licenciement pour motif économique. Pour qu'une transformation d'emploi soit caractérisée il est ainsi nécessaire que les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la restructuration nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité bouleversent tellement l'emploi du salarié licencié qu'on ne peut parler de simple modification du contrat. L'obligation principale du salarié étant remise en cause, il s'agit en réalité d'une proposition de novation de cette obligation. L'informatisation d'une société est ainsi de nature à transformer les emplois et à justifier le licenciement des salariés n'ayant pu s'adapter aux nouvelles exigences technologiques afférentes à l'emploi¹. De même, le licenciement d'une secrétaire dactylographe se justifie par la transformation de l'emploi en celui de secrétaire de direction chargée de la rédaction des devis et du suivi financier des chantiers à la suite d'un changement d'activité de l'entreprise et de mutations technologiques². Ce n'est pas seulement le contrat du salarié qui est affecté par la transformation d'emploi mais bien le poste en lui-même. Il appartient donc aux juges du fond de s'assurer que l'emploi du salarié licencié a effectivement été transformé.

Le contentieux relatif aux transformations d'emplois est peu abondant, la question ayant plutôt tendance à rebondir sur le respect par l'employeur de son obligation d'adaptation du salarié dont l'emploi a été transformé³. Surtout, dans les hypothèses de transformation d'emploi, le contrôle du juge se trouve finalement déplacé davantage sur le motif entraînant la transformation d'emploi que sur cette dernière, à l'instar du contrôle portant sur le licenciement d'un salarié ayant refusé une modification de son contrat pour motif économique.

¹ Cass. soc., 15 oct. 1992, Bull. civ. V, n° 513.

² Cass. soc., 9 juil. 1997, Bull. civ. V, n° 262.

³ En ce sens, S. MILLET, art. préc.

C – La modification du contrat de travail refusée par le salarié

352. L'article L. 1233-3 du Code du travail dispose que « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur (...) résultant d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ». Le législateur de 2005, souhaitant consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation, a remplacé l'expression « *modification substantielle du contrat de travail* » par celle de « *modification (...) d'un élément essentiel du contrat de travail* »¹, la présence superflète de l'adjectif « essentiel » illustre les lacunes du législateur relatives à la distinction « modification du contrat/changement des conditions de travail » dégagée par la Cour de cassation en 1996².

À ce titre, seul le refus d'une modification du contrat de travail c'est-à-dire affectant l'un des piliers du socle contractuel tel que la rémunération, la durée du travail, le secteur géographique, la qualification du salarié ou l'organisation du travail³, à l'exclusion du refus d'un changement des conditions de travail, reposant sur un motif économique est susceptible d'entraîner un licenciement pour motif économique⁴. Il appartient dès lors au juge, saisi du litige, de rechercher si la proposition de modification refusée par le salarié est fondée sur l'existence de difficultés économiques, de mutations technologiques ou sur la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient le cas échéant⁵. En effet, ne pouvant modifier unilatéralement le contrat en vertu de l'article 1134 du Code civil, l'employeur a le choix : soit il poursuit la relation de travail aux conditions contractuelles initiales⁶, soit il diligente une procédure de licenciement qu'il ne

¹ Art. 76 de la loi du 18 janv. 2005, préc.

² Cass. soc., 10 juil. 1996, Bull. civ. V, n° 278 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 50 ; D. 1996, IR 199 ; Dr. soc. 1996, p. 976, obs. H. BLAISÉ ; RJS 1996, n° 900 ; JCP 1997, II, 22768, note Y. SAINT-JOURS ; Dr. ouvrier 1996, p. 457, note P. MOUSSY. Sur cette distinction V. not. G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, éd. 2014, p. 793 ; P. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791 ; P. WAQUET, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p. 383 ; J. PELISSIER, « La détermination des éléments du contrat de travail », Dr. ouv. 2005, p. 92 ; J. PELISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS 1/04, p. 1.

³ Sur les piliers du contrat de travail, V. J. PELISSIER, art. préc.

⁴ En effet, si un salarié s'oppose à un changement des conditions de travail motivé par une cause économique, le licenciement consécutif à ce refus est un licenciement pour motif personnel disciplinaire dans la mesure où le changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur, s'opposer à un tel changement constitue en principe une faute (V. not. Cass. soc., 17 oct. 2000, Bull. civ. V, n° 327.), susceptible d'être qualifiée de grave (Cass. soc., 10 juil. 1996, préc. ; Cass. soc., 8 janv. 1997, Bull. civ. V, n° 3).

⁵ Cass. soc., 10 déc. 1996, Bull. civ. V, n° 430 ; Cass. soc., 14 déc. 2011, n° 10-11.042, Bull. civ. V, n° 295.

⁶ Il ne peut en effet imposer au salarié une modification de son contrat de travail. Le salarié ne peut être tenu d'exécuter le contrat aux conditions d'exécution modifiées en dépit de son refus, il peut dès lors soit prendre acte

saurait fonder sur le refus du salarié qui caractérise l'exercice d'un droit. La rupture devra être motivée par la cause économique ayant rendu nécessaire la proposition de modification.

353. Si les salariés « ordinaires » ne peuvent s'opposer à un changement des conditions de travail motivé par la situation économique de l'entreprise, tel n'est pas le cas des salariés protégés. De longue date la Cour de cassation affirme qu'« *aucune modification de son contrat de travail ou **changement de ses conditions de travail ne peut être imposée** (sic) **à un salarié protégé** et qu'il appartient à l'employeur d'engager la procédure de licenciement, en cas de refus par le salarié de cette modification ou de ce changement, en demandant l'autorisation de l'inspecteur du Travail* »¹. La jurisprudence administrative adopte la même position². Toutefois, la Cour de cassation a précisé « *qu'aucun changement des conditions de travail, **ayant pour effet de mettre fin à ses mandats**, ne peut être imposé sans son accord à un représentant du personnel* », laissant ainsi sous-entendre *a contrario* que si le changement des conditions de travail du salarié protégé ne compromet pas l'exercice du mandat, il s'imposerait au salarié dont le refus de se plier au changement des conditions de travail motivé par la situation économique de l'entreprise pourrait être fautif.

Par ailleurs, le Conseil d'État a affirmé que « ***le refus opposé par un salarié protégé à un changement de ses conditions de travail décidé par son employeur** en vertu, soit des obligations souscrites dans le contrat de travail, soit de son pouvoir de direction, **constitue, en principe, une faute** ; qu'en cas d'un tel refus, l'employeur, s'il ne peut directement imposer au salarié ledit changement, doit, sauf à y renoncer, saisir l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement à raison de la faute qui résulterait de ce refus ; qu'après s'être assuré que la mesure envisagée ne constitue pas une modification du contrat de travail de l'intéressé, il appartient à l'autorité administrative, sous le contrôle du juge, d'apprécier si le refus du salarié constitue une faute d'une gravité suffisante pour justifier l'autorisation sollicitée, compte tenu de la nature du changement envisagé, de ses modalités de mise en œuvre et de ses effets, tant au regard de la situation personnelle du salarié, que des conditions d'exercice de son mandat* »³.

de la rupture de son contrat aux torts de son employeur, soit saisir le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire, voire exiger la poursuite de son contrat aux conditions initiales. Cass. soc., 26 juin 2001, Bull. civ. V, n° 184.

¹ Cass. soc., 25 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 406 ; RJS 1/98, n° 67 ; Cass. soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 208 (sauf changement marginal) ; Cass. soc., 30 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 901, obs. J. SAVATIER.

² Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-43.166, inédit.

³ CE, 7 déc. 2009, n° 301563, mentionné aux tables du Rec. Lebon ; JCP S 2010, 1096, note J.-Y. KERBOUC'H

De ce point de vue, comme le souligne un auteur, il existe « une contradiction fondamentale entre les positions de la Cour de cassation et du Conseil d'État. On ne peut, en effet considérer tout à la fois que l'employeur ne peut imposer un changement de ses conditions de travail [à un salarié protégé] et que le refus de celui-ci de se soumettre à la décision de l'employeur constitue une faute grave »¹. Toutefois, la Cour de cassation estime que « *le refus par le salarié protégé d'une modification que l'autorité administrative a qualifiée de simple changement de ses conditions de travail, justifiant d'accorder à l'employeur l'autorisation de licenciement, ne caractérise pas à lui seul une faute grave* »². Il semble indispensable que les jurisprudences judiciaire et administrative mettent fin à cette contradiction dans la mesure où selon que le refus par le salarié protégé de se soumettre au changement des conditions de travail motivé par la restructuration de l'entreprise est ou non perçu comme une faute, le licenciement de ce dernier, qui en toute hypothèse nécessitera l'autorisation de l'inspecteur du travail, ne relèvera pas du même régime. Dans un cas c'est un licenciement disciplinaire, dans l'autre un licenciement pour motif économique.

354. Si, la plupart du temps, le contentieux relatif aux licenciements consécutifs au refus du salarié d'une modification de son contrat de travail se déplace sur le seul terrain du contrôle de la cause économique, il ne saurait s'y cantonner. Les juges du fond sont tenus de vérifier la réalité de la modification. Ainsi, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement résultant du refus d'un salarié d'une proposition de modification de son contrat dès lors qu'il est démontré que l'employeur a, après la rupture, embauché un salarié aux anciennes conditions contractuelles démontrant ainsi que la cause économique invoquée par l'employeur n'avait en réalité aucune incidence sur l'emploi du salarié licencié. De surcroît, les juges du fond sont appelés à contrôler le caractère licite de la proposition de modification. Ainsi, est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié ayant refusé une proposition de modification illicite, telle qu'une réduction de sa rémunération en deçà des minima légaux ou conventionnels³.

355. Formalisme de l'article L. 1222-6 du Code du travail. À la différence de la modification du contrat de travail pour motif personnel, la modification reposant sur une

¹ J. MOULY, « Le changement dans les conditions de travail des salariés protégés à l'aune des jurisprudences judiciaires et administratives », Dr. soc. 2011, p. 1083.

² Cass. soc., 20 juin 2012, Bull. civ. V, n° 194.

³ Cass. soc., 27 mai 1997, Bull. civ. V, n° 189.

cause économique est réglementée par le Code du travail qui impose à l'employeur le respect d'une procédure. L'article L. 1222-6 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 12 mars 2014¹, disposait ainsi que « *lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. À défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée* ».

Applicable dans les entreprises soumises à une procédure collective², ce texte a été modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014³. Afin de tenir compte de l'exigence de célérité induite tant par la situation critique de l'entreprise que par le respect des délais AGS, cette ordonnance réduit à quinze jours le délai de réflexion accordé au salarié lorsque la modification de son contrat de travail pour motif économique lui est proposée par une entreprise placée en redressement ou en liquidation judiciaire à partir du 1^{er} juillet 2014⁴, délai de quinze jours à l'issue duquel s'il ne s'est pas prononcé il est réputé avoir accepté la modification⁵. En revanche, si le jugement d'ouverture de la procédure collective à l'encontre de l'entreprise est antérieur à cette date, peu importe que la modification du contrat soit pour sa part proposée après le 1^{er} juillet 2014, le salarié dispose d'un délai de réflexion d'un mois pour accepter ou refuser la modification, le silence gardé à l'issue de ce délai valant acceptation de la modification.

Il est intéressant de noter que l'essentiel du contentieux relatif refus d'une proposition de modification porte pour partie sur la cause économique elle-même, mais aussi et surtout sur la mise en œuvre par l'employeur de la procédure de l'article L. 1222-6 du Code du travail. La Cour de cassation est particulièrement vigilante sur le respect du formalisme imposé par ce texte sans doute parce qu'à titre exceptionnel en droit, l'adage « qui ne dit mot consent »

¹ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO du 14 mars 2014, p. 5249.

² Ce texte est également fort logiquement applicable à toute proposition de modification effectuée par l'administrateur judiciaire d'une entreprise en difficulté dès lors qu'il envisage le licenciement pour motif économique du salarié qui la refuserait. En ce sens, Cass. soc., 28 nov. 2000, Bull. civ. V, n° 293.

³ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc. Cette ordonnance a également introduit dans le Code du travail un nouvel article L. 1233-60-1 qui dispose qu'« *En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un délai de quinze jours à compter de sa réception pour faire connaître son refus. À défaut de réponse dans ce délai, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée.* »

⁴ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc., art. 116.

⁵ Art. L. 1222-6 et L. 1233-60-1, C. trav.

trouve ici une application. En effet, le salarié resté silencieux pendant le délai d'un mois ou de quinze jours en cas de procédure collective ouverte à compter du 1^{er} juillet 2014, est réputé avoir accepté la modification.

356. L'employeur qui, pour des raisons économiques, propose au salarié une modification de son contrat de travail, doit lui adresser une lettre recommandée avec accusé de réception. S'il ne respecte pas ce formalisme, il ne pourra se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification par le salarié¹. Il en va de même s'il omet de mentionner l'existence et la durée du délai de réflexion accordé au salarié². Si aucune disposition légale n'impose à l'employeur de mentionner dans la lettre proposant la modification les conséquences éventuelles d'un refus³, la Cour de cassation exige en revanche que l'employeur informe le salarié « *de ses nouvelles conditions d'emploi comme des éventuelles mesures accompagnant cette modification afin de lui permettre de prendre position sur l'offre qui lui est faite en mesurant les conséquences de son choix* »⁴. Cette exigence de précision ne peut qu'être approuvée au regard des principes civilistes relatifs au consentement et de la volonté jurisprudentielle de protéger l'intérêt du salarié qui doit pouvoir donner un consentement éclairé à la proposition de modification, ce qui implique qu'il soit en possession de tous les éléments d'information susceptibles d'influencer sa décision.

À ce titre, la Cour de cassation estime que seule une réponse expresse et positive, ou le silence gardé par le salarié pendant plus d'un mois, vaut acceptation de la modification proposée par l'employeur à l'exclusion d'une réponse dilatoire ou conditionnelle, telle qu'une demande de prorogation qui constitue une réponse négative⁵. De même, elle veille au strict respect par l'employeur du délai d'un mois qui constitue « *une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix* »⁶. Ces positions devraient vraisemblablement trouver à s'appliquer en cas de proposition de modification effectuée dans le cadre d'une procédure

¹ Cass. soc., 25 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 18.

² Cass. soc., 27 mai 2009, Bull. civ. V, n° 137.

³ Cass. soc., 1^{er} mars 2006, JCP S 2006, 1385.

⁴ Cass. soc., 30 janv. 2008, JCP E 2008, 1878, note S. BEAL. Elle approuve ainsi dans cet arrêt la Cour d'appel d'avoir déclaré sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié auquel l'employeur avait, pour des raisons économiques, proposé une mutation induisant une modification de son contrat sans lui avoir fourni « *les renseignements relatifs à la prise en charge des frais qu'entraînait cette mutation* ».

⁵ Cass., avis, 6 juil. 1998, Bull. civ., avis n° 9 ; RJS 1998, n° 959 ; D. 1998, IR 207.

⁶ Elle affirme à ce titre que « *le salarié devant disposer d'un mois entier pour se prononcer, il en résulte que le délai expire à minuit le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le jour de la réception de la lettre recommandée contenant la proposition de modification* », Cass. soc., 3 mars 2009, RJS 6/09, n° 499.

collective ouverte à compter du 1^{er} juillet 2014, hypothèse dans laquelle le délai de réflexion est réduit à quinze jours. Ainsi, l'employeur ne saurait mettre en œuvre la procédure de licenciement avant l'expiration du délai de réflexion même si le salarié a exprimé sans équivoque son refus¹, sauf à priver de cause réelle et sérieuse la rupture². Cette solution semble pleinement justifiée au regard de la finalité du délai de réflexion qui est de protéger la partie la plus faible contre ses propres impulsions³. Bien qu'il dispose d'un délai d'un mois, ou de quinze jours en cas de procédure collective, le salarié peut en effet être tenté de répondre rapidement sous l'effet de la crainte de perdre son emploi par exemple, la décision d'acceptation ou de refus n'est dès lors pas suffisamment réfléchie. Au contraire, en imposant à l'employeur d'attendre l'expiration du délai quelle qu'ait été l'attitude du salarié à l'égard de la proposition, la Cour de cassation préserve son consentement et s'assure qu'il est bien éclairé en ce qu'au terme d'un mois de réflexion on peut supposer que la volonté du salarié est définitivement et clairement établie⁴.

La Cour de cassation impose donc aux juges du fond s'assurer du respect des formalités prescrites par l'article L. 1222-6 du Code du travail. Curieusement, la Cour de cassation a pu affirmer que les juges du fond ne peuvent « *en l'état de la proposition faite par l'employeur conformément à l'article [L. 1222-6] du Code du travail, dénier l'existence de la modification du contrat de travail,* » et qu'il leur appartient en revanche « *de se prononcer sur la cause du licenciement* »⁵ et de « *rechercher si l'employeur avait tenté de reclasser le salarié* »⁶. Cette position est particulièrement incongrue dans la mesure où le seul fait que l'employeur propose la modification du contrat conformément au formalisme de l'article L. 1222-6 du Code du travail n'implique pas pour autant que cette modification existe. Ainsi, si après le licenciement du salarié ayant refusé la modification de son contrat, l'employeur recrute pour le remplacer un autre salarié aux conditions contractuelles antérieures sans « appliquer la modification proposée au salarié licencié », l'effet sur l'emploi de la cause économique invoquée par l'employeur n'existe pas en réalité et prive ainsi à notre sens le licenciement de cause réelle et sérieuse, les deux éléments cause économique/effet sur l'emploi visés à l'article L. 1233-3 du Code du travail n'étant pas caractérisés.

¹ Cass. soc., 10 déc. 2003, préc. ; Cass. soc., 22 nov. 2006, JCP S 2007, 1184, note B. BOSSU ; Cass. soc., 17 oct. 2007, JCP S 2008, 1079.

² Cass. soc., 10 déc. 2003, Bull. civ. V, n° 313 ; JCP G 2004, I, 177, n° 5, obs. P. MORVAN.

³ En ce sens, F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n° 263.

⁴ En ce sens, B. BOSSU, note préc.

⁵ Cass. soc., 12 juil. 1999, Bull. civ. V, n° 346

⁶ Cass. soc., 7 mars 2000, Bull. civ. V, n° 88 ; TPS 2000, comm. 149.

357. Outre la vérification du respect par l'employeur du formalisme imposé par l'article L. 1222-6 du Code du travail, l'essentiel du contrôle judiciaire porte finalement davantage sur la cause économique que sur la modification elle-même. Ainsi, sont fondées sur une cause réelle et sérieuse les ruptures consécutives au refus d'un salarié d'une réduction de son temps de travail destinée à faire face à des difficultés économiques rencontrées par l'entreprise¹, ou d'une modification de sa rémunération consistant à revoir le système des commissions afin de remédier à la situation de l'entreprise dont la pérennité était en cause².

Au fil des ans, la Cour de cassation a donc élaboré un contrôle particulièrement rigoureux de la justification du licenciement pour motif économique s'agissant tant de la raison économique que de son incidence sur l'emploi. Elle impose aux juges du fond la vérification de l'existence d'une cause économique réelle et suffisamment sérieuse pour entraîner la rupture du contrat du salarié sans pour autant les autoriser à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. Cette approche économiquement réaliste, qu'il s'agisse de prendre en considération l'existence de groupes de sociétés ou la nécessité pour un employeur de pouvoir anticiper d'éventuelles difficultés à venir, et socialement juste, impose aux juges du fond d'être particulièrement vigilants lorsqu'il s'intéressent aux difficultés économiques ou à la nécessité de sauvegarder la compétitivité fondant la restructuration destructrice d'emplois. Ce n'est qu'à la condition d'un contrôle strict des raisons alléguées à l'appui d'un licenciement pour motif économique prononcé dans le cadre d'une restructuration consistant en une compression d'effectifs que l'effectivité du droit à l'emploi est susceptible d'être dans une certaine mesure garantie. À ce titre, on ne peut qu'approuver l'édifice jurisprudentiel érigé par la jurisprudence instituant un contrôle strict du motif économique des ruptures condamnant tout licenciement d'économie sans pour autant brider la liberté d'entreprendre des employeurs et leur capacité d'anticipation en légitimant les licenciements nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité. Si en exigeant que les décisions de restructuration consistant à prononcer des licenciements soient justifiées par un motif légitime, le droit social tente de préserver le droit à l'emploi des salariés, il n'a pas pour autant de réelle emprise sur ces décisions qu'il ne peut aucunement remettre en cause. L'existence d'un contrôle judiciaire *a posteriori* des licenciements pour motif économique n'offre qu'une indemnisation aux salariés qui ont perdu

¹ Cass. soc., 12 déc. 1991, Bull. civ. V, n° 580.

² Cass. soc., 25 nov. 2009, n° 08-42.755, inédit.

leur emploi dans le cadre d'une décision de restructuration arrêtée en l'absence de motif économique légitime, mais ne contribue en rien à préserver leur emploi...

De ce point de vue, la faiblesse des sanctions du non-respect de l'exigence de justification du prononcé d'un licenciement pour motif économique ne contribue guère à son effectivité.

§ 3 : L'effectivité de l'exigence de justification amoindrie en l'absence de sanctions réellement comminatoires

358. La décision de procéder à un licenciement pour motif économique se trouve donc subordonnée à une double exigence de légitimité : l'existence d'une justification économique et l'impossibilité de reclasser le salarié. De ce point de vue et comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, la définition des causes économiques susceptibles de fonder le licenciement, lorsqu'elles menacent l'existence même du contrat de travail, participe à l'objectif de maintien de l'emploi¹ ; les sages estiment de surcroît que le « *maintien du salarié dans les effectifs d'une entreprise faisant l'objet d'une restructuration* » constitue une « *expression particulière du " droit d'obtenir un emploi "* »². La portée de cette double exigence de justification se trouve toutefois considérablement amoindrie par l'absence de sanction réellement comminatoire en cas de non-respect.

359. Ainsi, le régime des sanctions du licenciement injustifié, élaboré en 1973³, ne contribue guère à l'effectivité du principe selon lequel le prononcé d'un licenciement pour motif économique doit être fondé sur une raison légitime et n'intervenir qu'en ultime recours. En effet, lors des discussions précédant l'adoption de la loi du 13 juillet 1973⁴, acte de naissance du droit du licenciement en France, le débat s'est notamment cristallisé sur la portée conférée à l'exigence de cause réelle et sérieuse du licenciement et sur la sanction dont il

¹ Cons. const., déc. 2001-455 DC, du 12 janv. 2002, préc., cons. 50.

² Cons. const., Commentaire de la décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 18.

³ Loi n° 73-680, du 13 juil. 1973, modification du code du travail ne ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, JO du 18 juil. 1973, p. 7763

⁴ Loi n° 73-680, du 13 juil. 1973, préc.,

fallait assortir le non-respect de cette obligation pesant sur l'employeur. L'exigence de cause réelle et sérieuse devait elle être conçue comme une condition de *validité* du licenciement, sans laquelle ce dernier ne pouvait produire d'effet, ou au contraire fallait-il simplement y voir une version améliorée de la technique de l'abus de droit, jusqu'à lors appliquée, ne permettant que l'allocation de dommages et intérêts mais ne remettant pas en cause la validité même de la décision prise par l'employeur ? Le législateur a finalement opté pour la continuité en considérant que l'absence de cause réelle et sérieuse ne privait pas d'effet le licenciement, et que la sanction appropriée ne devait dès lors pas être la nullité de la rupture mais l'octroi de dommages et intérêts au salarié.

La loi de 1973 a ainsi prévu que lorsqu'un licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge **peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise**, avec maintien de ses avantages acquis. **Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié** qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois¹. Cette sanction n'est applicable qu'au licenciement injustifié d'un salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté prononcé par une entreprise comptant au moins onze salariés. Pour les autres, est simplement prévu l'octroi d'une indemnité tendant à réparer le préjudice subir par le salarié du fait de l'absence de cause réelle et sérieuse, préjudice qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement², aucun minimum d'indemnisation ne s'imposant à lui³

360. L'article L. 1235-3 du Code du travail prévoit donc la possibilité pour les juges du fond de « *proposer* » à l'employeur la réintégration du salarié en l'absence de cause réelle et sérieuse. Il s'agit d'une simple faculté qui ne s'impose pas au juge, libre d'apprécier l'opportunité de suggérer aux parties le rétablissement du lien contractuel⁴. La réintégration ne peut qu'être proposée et en aucun cas imposée⁵ puisqu'elle est subordonnée à l'accord des parties, et principalement à celui de l'employeur, ce qui est conforme aux dispositions supranationales relatives aux droits fondamentaux⁶.

De prime abord, la mention de cette possibilité apparaît relativement incongrue en ce qu'elle confère au juge une faculté qui n'est pas assortie d'un réel pouvoir de contrainte,

¹ Art. L. 1235-3, C. trav.

² Cass. soc., 25 sept. 1991, Bull. civ. V, n° 380, Dr. soc. 1991, p. 762, concl. G. PICCA, Cass. soc., 9 mars 1993, Bull. civ. V, n° 83 ; Cass. soc., 7 déc. 1995, Bull. civ. V, n° 336.

³ Art. L. 1235-5, C. trav.

⁴ Cass. soc., 18 sept. 1975, GADT, 4^{ème} éd., n° 83 ; D. 1976, 201, note J. PELISSIER.

⁵ Cass. soc., 29 janv. 1981, Bull. civ. V, n° 80.

⁶ Cass. soc., 14 avr. 2010, Dr. soc. 2010, p. 815, obs. J. MOULY.

affaiblissant d'autant l'effectivité de l'exigence de justification légitime du licenciement pour motif économique puisque l'employeur a le droit de refuser de réintégrer le salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, à la différence des hypothèses d'annulation du licenciement. Toutefois, si le législateur de 1973 n'a pas imposé la réintégration en cas de licenciement injustifié, cela s'explique non seulement par le fait qu'il a décidé d'écarter la nullité de la rupture en l'absence de cause réelle et sérieuse mais également par « le contexte juridique » de l'époque.

En effet, au début des années 1970 la faculté d'imposer à l'employeur de réintégrer un salarié en cas de nullité du licenciement venait d'émerger et était réservée aux seuls salariés protégés¹. Quant au montant de l'indemnité minimale qui devait être allouée au salarié licencié en l'absence de cause réelle et sérieuse, six mois de salaire minimum apparaissait en 1973 comme une sanction adéquate au regard du contexte social caractérisé par un chômage rare et de courte durée permettant au salarié injustement licencié de retrouver assez facilement du travail².

Cependant, si sanctionner l'absence de cause réelle et sérieuse par la simple allocation de dommages et intérêts s'élevant au moins à six mois de salaire pouvait en ce temps là sembler approprié, tel n'est aujourd'hui plus le cas. En effet, de nos jours où le taux de chômage endémique est supérieur à 10 % et où au dernier trimestre 2013 un demandeur d'emploi restait en moyenne inscrit environ treize mois et demi consécutifs à Pôle emploi³, l'indemnité minimum de six mois de salaire versée au salarié injustement licencié, qualifiée de « prime » par un auteur⁴, apparaît bien dérisoire par rapport au préjudice que représente pour un salarié la perte injustifiée de son emploi⁵.

¹ Pour mémoire, c'est en 1968, dans l'arrêt *Detoef*, que fut implicitement reconnue la possibilité d'imposer la réintégration du salarié protégé avant que celle-ci ne soit expressément admise pour la première fois en 1972 dans l'arrêt *Revet-sol*, soit un an avant que la loi de 1973 ne crée le droit du licenciement et n'en fasse un droit causé. (Cass. Ch. mixte, 25 oct. 1968, *Detoef*, Bull. civ. ch. mixte, n° 1 ; GADT, 4^{ème} éd. préc. n° 153 ; D 1968, 706 ; Dr. soc. 1969, p. 177, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 14 juin 1972, *Revet-sol*, Bull. civ. V, n° 425 ; GADT, 4^{ème} éd., préc., n° 154 ; Dr. soc. 1972, p. 465, obs. J. SAVATIER ; JCP 1972, II, 17275, obs. G. LYON-CAEN).

² Au moment de l'adoption de la loi du 13 juillet 1973, le taux de chômage en France était de 2,8 % (INSEE, enquête emploi, citée par E. DOCKÈS, in « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Vivéo* », Dr. soc. 2012, p. 606), ce qui à l'époque était considéré comme un essor du chômage consécutif au choc pétrolier de 1973 alors que de nos jours un tel taux caractérise une périclé de travailleurs, le plein emploi étant considéré atteint aux alentours de 4 ou 5 %

³ Ainsi, au 4^{ème} trimestre 2013 le taux de chômage en France s'élevait-il à 10.2 %, contre 10.9 % de la population active au trimestre précédant (source INSEE. Résultats du 4^e trimestre 2013. paru le 6 mars 2014 à 07h30 ; Résultats du 3^e trimestre 2013, paru le 5 décembre 2013 à 07h30, www.insee.fr), quant à l'indicateur conjoncturel de durée de chômage, il s'établissait au dernier trimestre 2013 à 408 jours (source Pôle emploi, direction des statistiques, des études et de l'évaluation, « L'indicateur conjoncturel de durée de chômage (ICDC) 4^{ème} trimestre 2013 », paru le 19 mars 2014).

⁴ E. DOCKÈS, « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Vivéo* », Dr. soc. 2012, p. 606.

⁵ E. DOCKÈS, art. préc.

Surtout, le fait de n'être exposé qu'au seul risque d'avoir à verser au minimum six mois de salaire par licenciement injustifié ne représente aucunement une menace comminatoire en comparaison avec ce que peut « rapporter » le fait de fermer un établissement dans le seul souci de réaliser des économies en délocalisant sa production ou d'accroître la rentabilité financière de l'entreprise. Si on ne peut valablement prononcer un licenciement boursier ou aux fins de réaliser des économies ou d'augmenter la rentabilité de l'entreprise, en pratique licencier des salariés sans motif économique réel et sérieux ne s'avère pas très onéreux surtout pour une entreprise ou un groupe qui, par définition, ne connaît pas de difficultés économiques réelles et sérieuses et dont la compétitivité n'est l'objet d'aucune menace...

361. Remboursement des allocations chômage. Outre l'allocation d'indemnités aux salariés injustement licenciés, l'employeur peut de surcroît être condamné à rembourser tout ou partie des allocations chômage versées au salarié injustement licencié. En effet, soucieuse de préserver l'équilibre financier déjà précaire de l'assurance chômage, de limiter le coût social des restructurations et de renforcer l'effectivité de l'exigence de cause réelle et sérieuse à l'appui du licenciement, la loi du 13 juillet 1973 avait prévu le remboursement par l'employeur des allocations chômage perçues par le salarié licencié sans qu'une cause réelle et sérieuse ne justifie la rupture. Seuls peuvent être condamnés à rembourser tout ou partie des indemnités chômage versées au salarié, les employeurs ayant prononcé le licenciement d'un salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise employant habituellement au moins onze salariés lorsque ce licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse ou lorsqu'il est nul du fait de l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi¹.

Si jusqu'à la loi du 30 décembre 1986², l'employeur était condamné en cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse à rembourser l'intégralité des indemnités chômage perçues par le salarié du jour de son licenciement à la date du jugement, cette loi a réduit l'effet comminatoire de cette sanction. Depuis lors, l'employeur peut être condamné à rembourser tout ou partie de ces indemnités dans la limite de six mois d'indemnités par salarié³. Les juges du fond disposent ainsi d'un pouvoir souverain pour déterminer le montant que l'employeur devra rembourser à Pôle emploi, sous réserve de respecter le plafond légal de

¹ Art. L. 1235-4, C. trav.

² Loi n° 86-1319, du 30 déc. 1986, préc.

³ Art. L. 1235-4, C. trav.

six mois d'indemnités¹. Eu égard à la situation financière peu enviable du régime d'assurance chômage en France et afin de conférer une réelle effectivité à l'exigence de cause économique réelle et sérieuse, il nous semblerait pertinent que l'employeur puisse être condamné à rembourser l'intégralité des allocations chômage versée aux salariés lorsque le licenciement est dépourvu de justification économique valable. En effet, rien ne justifie que la collectivité assume le coût social d'une décision illégale consistant à supprimer des emplois dans un pur souci d'économie ou de rentabilité ou encore pour satisfaire les actionnaires d'une société rentable en l'absence de sérieuses difficultés économiques ou de menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité de groupe auquel elle appartient.

Ainsi, en dépit du contrôle judiciaire strict de l'existence d'un motif légitime fondant le prononcé d'un licenciement pour motif économique grâce à une jurisprudence à la fois socialement exigeante et économiquement réaliste, l'effectivité de l'exigence d'une cause économique réelle et sérieuse fondant le prononcé d'une rupture pour motif économique est considérablement amoindrie par l'absence de sanction réellement comminatoire assortissant sa violation. Si prononcer un licenciement pour motif économique dépourvu de cause réelle et sérieuse est contraire à la loi, le coût de cette décision illégale est assez peu élevé par rapport non seulement au préjudice subi par le salarié injustement licencié mais également en comparaison de ce qu'une telle décision de compression des effectifs peut « rapporter » en termes d'économies ou de rentabilité sur les marchés financiers à une entreprise ou un groupe qui, par définition, ne fait face ni à de graves difficultés économiques ni à une menace pesant sur sa compétitivité.

362. En l'état actuel des textes, en présence d'un licenciement pour motif économique dépourvu de cause réelle et sérieuse, les juges n'ont d'autre marge de manœuvre que d'allouer aux salariés injustement licenciés des dommages et intérêts supérieurs au minimum légal de six mois de salaire en prenant en compte l'étendue réelle du préjudice que constitue la perte injustifiée de leur emploi. En effet, *de lege lata* et dans la mesure où les juges ne peuvent prononcer la nullité d'une rupture qu'en présence d'un texte la prévoyant expressément ou d'une atteinte à un droit ou une liberté fondamentale, on a pu suggérer que le prononcé d'un licenciement pour motif économique injustifié constituant dans une certaine mesure une violation du droit fondamental à l'emploi, il pourrait de ce fait encourir la nullité. Toutefois, cette suggestion est immédiatement écartée par son auteur qui constate qu'elle se heurte à la

¹ Cass. soc., 22 avr. 1992, RJS 1992, n° 727.

lettre de l'article L. 1235-3 du Code du travail selon lequel la réintégration ne peut qu'être *proposée* en présence d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et requiert l'accord de l'employeur pour être effective mettant dès lors en exergue l'impossibilité pour les juges de prononcer la nullité de la rupture qui permettrait à l'inverse d'imposer la réintégration.

Au regard des textes en vigueur, et dans la mesure où la nullité d'un licenciement pour motif économique ne peut être prononcée pour sanctionner l'absence de cause réelle et sérieuse de la rupture les juges pourraient, comme le suggère Emmanuel DOCKÈS, allouer des dommages et intérêts aux salariés injustement licenciés en raisonnant par analogie avec l'hypothèse dans laquelle alors que le licenciement est nul, le salarié ne demande pas sa réintégration¹. Seraient ainsi alloués au salarié dont le licenciement ne repose pas sur un motif économique réel et sérieux : outre l'indemnité minimale de six mois de salaire, les salaires qu'il aurait dû percevoir entre la date de son licenciement illégal et le jugement constatant l'absence de cause réelle et sérieuse desquels seraient déduits les revenus éventuellement perçus par le salarié au titre de l'allocation d'aide au retour à l'emploi ou d'une activité salariée dans l'hypothèse où ce dernier aurait entre temps retrouvé un emploi. En pratique, nombre de juges allouent au salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse des indemnités tendant à réparer l'intégralité du préjudice résultant de la perte injustifiée de son emploi en procédant à un calcul des dommages et intérêts s'approchant de la formule sus-décrite².

363. Afin de conférer une réelle effectivité à l'exigence d'une cause économique légitime pour qu'un licenciement pour motif économique puisse être prononcé et de mettre en œuvre la promesse du candidat François HOLLANDE à la présidentielle de renchérir le coût des licenciements boursiers³, il semble nécessaire que l'exigence de justification conditionnant la légalité d'un licenciement pour motif économique fasse l'objet de sanctions réellement comminatoires. On peut à ce titre regretter que de l'adoption de la loi de sécurisation de l'emploi n'ait pas été l'occasion pour le législateur de mettre en œuvre la promesse du candidat devenu Président en redéfinissant les sanctions assortissant le prononcé d'un licenciement pour motif économique afin qu'elles soient véritablement dissuasives.

¹ E. DOCKÈS, art. préc.

² E. DOCKÈS, art. préc.

³ Engagement n° 35 du candidat François HOLLANDE à l'élection présidentielle de 2012.

De ce point de vue, une intervention du législateur tendant à augmenter le coût des licenciements pour motif économique injustifiés nous semble souhaitable. Toutefois, il convient de ne pas se leurrer ; une telle intervention du législateur en la matière semble peu probable dans la mesure où l'occasion s'est déjà présentée et n'a pas été saisie. De surcroît, il apparaît quasi-certain que si le législateur décidait de renforcer l'effectivité de l'exigence de cause réelle et sérieuse en matière de licenciement pour motif économique en autorisant par exemple un contrôle *ex ante* par le juge des référés de la cause économique d'un futur licenciement afin d'éviter qu'une rupture injustifiée ne soit prononcée¹, ou en faisant de l'exigence de justification une condition de validité du licenciement, il encourrait sans doute la censure du Conseil constitutionnel, farouche protecteur de la liberté d'entreprendre.

Outre le fait que les sages pourraient estimer que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre serait manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi de maintien de l'emploi, la confrontation entre liberté d'entreprendre et droit à l'emploi ayant jusqu'à lors toujours vu triompher la première sur le second², il est envisageable qu'au nom même du droit à l'emploi le Conseil constitutionnel décide de censurer l'éventuel renforcement des sanctions assortissant le non-respect de l'exigence de justification des licenciements pour motif économique. En effet, dans le commentaire de sa décision de censure partielle de la loi de cohésion sociale, le Conseil constitutionnel a affirmé que « *Le " droit d'obtenir un emploi " des personnes dépourvues d'emploi (...) serait amoindri si des solutions législatives ou jurisprudentielles très protectrices pour les salariés en place avaient un effet dissuasif sur les futures décisions de recrutement des petites et moyennes entreprises et des investisseurs étrangers, incitant par exemple les entreprises à localiser leurs activités hors de France.* »³

S'il semble irréaliste de penser que la nullité pour être envisagée comme sanction raisonnable du défaut de justification, un renforcement du coût des sanctions financières pourrait être utilement envisagé, qu'il s'agisse de l'indemnisation des salariés, du remboursement des allocations chômage ou des diverses aides publiques, allègements de charges sociales, crédit d'impôts, etc. dont l'entreprise a pu bénéficier de la part de l'État ou des collectivités territoriales lors des cinq années précédant la rupture. La promesse du candidat HOLLANDE, élu depuis Président de la République, de renchérir le coût des licenciement boursiers,

¹ Ce qu'à l'heure actuelle la Cour de cassation refuse considérant qu'« *il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés d'ordonner l'arrêt d'une procédure de licenciement et la poursuite du contrat de travail lorsque la nullité du licenciement n'est pas encourue* » ; Cass. soc., 31 mars 2004, Bull. civ. V, n° 101.

² D. BAUGARD, art. préc.

³ Cons. const., Commentaire de la décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 18.

trouverait ainsi une traduction juridique ce qui permettrait de rendre le droit du licenciement pour motif économique plus efficace en contribuant à la réalisation de son objectif premier : limiter le coût social des restructurations en essayant de préserver l'emploi.

Toutefois, dans le contexte actuel où l'attractivité économique du pays et la volonté de renforcer sa compétitivité guident grand nombre des décisions politiques sous la pression des autorités communautaires, des agences de notation, des marchés, etc., une intervention du législateur visant à renforcer les sanctions des licenciements pour motif économique en l'absence de justification légitime semble peu probable, ce d'autant plus qu'il aurait pu le faire lors de l'adoption de la loi de sécurisation de l'emploi...

En dépit de l'absence de sanction réellement comminatoire tendant à conférer une réelle efficacité à l'exigence de justification légitime devant présider au prononcé de tout licenciement pour motif économique, la jurisprudence se montre intransigente s'agissant des causes susceptibles de fonder une telle rupture aux fins notamment de responsabiliser les employeurs qui s'apprêtent à mettre en œuvre une compression des effectifs. Au-delà d'une jurisprudence socialement exigeante et économiquement réaliste relative aux causes susceptibles de fonder un licenciement pour motif économique et toujours dans l'objectif de responsabiliser les employeurs qui envisagent de rompre un contrat de travail pour des raisons étrangères à la personne du salarié, la Cour de cassation a mis à leur charge des obligations, légalement consacrées depuis, dont l'inexécution prive de cause réelle et sérieuse le licenciement. En effet, pour être légitime, le licenciement pour motif économique d'un salarié doit être inévitable. C'est l'ultime remède quand aucune autre alternative n'a pu être mise en œuvre. Non seulement le droit social exige que la décision de restructuration destructrice d'emplois repose sur un motif économique légitime, mais il impose également que soit démontré que l'employeur n'avait d'autre choix que de prononcer les ruptures pour motif économique dans le cadre de cette décision de réorganisation. Ce n'est en effet qu'après avoir réalisé tous les efforts d'adaptation et de formation du salarié à l'évolution de son emploi, et après avoir constaté l'impossibilité de le reclasser que l'employeur peut le licencier pour un motif économique.

Section II : Une décision soumise à l'absence d'alternative

Lorsqu'un chef d'entreprise décide de mettre en œuvre une restructuration consistant à réduire l'effectif de l'entreprise en prononçant des licenciements pour motif économique, il ne peut prononcer les ruptures qu'à la stricte condition qu'elles soient inévitables. En effet, pour qu'un tel licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, il ne suffit pas qu'un motif économique légitime ait un effet dissolvant sur la relation de travail, encore faut-il que l'employeur n'ait d'autre choix que de notifier au salarié la rupture de son contrat. Si le droit social ne dispose d'aucune emprise sur la décision de restructuration, au moins tente-t-il de conférer une certaine effectivité au droit à l'emploi inscrit à l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ainsi, il exige que la décision de prononcer un licenciement pour motif économique, décision sur laquelle il n'a pas plus d'emprise et qu'il ne saurait remettre en cause, ne puisse être définitivement arrêtée par l'employeur qu'en l'absence d'alternative envisageable. L'employeur ne peut procéder à un licenciement pour motif économique avant d'avoir satisfait à l'obligation d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, qui apparaît comme le corollaire d'une autre obligation préalable au licenciement : l'obligation de reclassement.

Ce caractère d'*ultima ratio* du licenciement pour motif économique a été imposé en 1992 par la Cour de cassation, s'inspirant de la jurisprudence antérieure du Conseil d'État¹, de dispositifs prévus par les partenaires sociaux² ou encore du droit allemand³, avant d'être consacré dix ans plus tard par le législateur⁴. En effet, l'article L. 1233-4 du Code du travail dispose que l'employeur ne peut prononcer un licenciement pour motif économique qu'après avoir mis en œuvre tous les efforts d'adaptation et de formation du salarié (§ 1) et que son reclassement sur un emploi disponible s'avère impossible (§ 2).

¹ C'est en effet dans l'arrêt *Abellan* du Conseil d'État qu'a pour la première fois été imposée l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique, CE, 18 fév. 1977, Rec. Lebon 1977, p. 97 ; Dr. soc. 1977, p. 172, concl. P. DONDOUX ;

² Dans l'avenant du 21 novembre 1974 à l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969.

³ V. C. MARRAUD, F. KESSLER et F. GÉA, *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, PUF Strasbourg, 2000.

⁴ Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, préc., art. 108.

§ 1 : L'obligation d'adaptation préalable au licenciement pour motif économique

364. L'obligation d'adaptation préalable au prononcé d'un licenciement pour motif économique a été dégagée pour la première fois par la Cour de cassation dans l'arrêt *Expovit* du 25 février 1992 dans lequel elle énonce que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* »¹. Fondant le devoir d'adaptation sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil relatif à la bonne foi contractuelle, la Cour de cassation s'est de ce fait livrée à un forçage du contrat en mettant en exergue l'existence d'une obligation consubstantielle au contrat de travail : celle d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi². Si certains auteurs ont pu contester, et contestent encore, le fondement du devoir patronal d'adaptation sur ce texte³, ce débat est obsolète dans la mesure où cette obligation présente désormais un double ancrage dans le Code du travail.

Ainsi, les deux premiers alinéas de l'article L. 6321-1 du Code du travail disposent que « *l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* »⁴. Cet article, siège de l'obligation générale d'adaptation, impose donc à l'employeur de maintenir l'employabilité tant interne qu'externe de ses salariés⁵. Certains auteurs évoquent même l'existence d'« une sorte de devoir général du chef

¹ Cass. soc., 25 févr. 1992, Bull. civ. V, n° 122 ; RJS 4/92, n° 421 ; Dr. soc. 1992, p. 379 ; D. 1992, Jurisp. p. 390, note M. DEFOSSEZ, et D. 1992, Somm. p. 294, obs. A. LYON CAEN ; V. également Cass. soc., 19 oct. 1994, Bull. civ. V, n° 279 ; Cass. soc., 10 juil. 1995, Dr. soc. 1995, p. 832 ; Cass. soc., 17 févr. 1998, RJS 4/98 n° 434 ; *adde* les chroniques de A. LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », Dr. soc. 1992, p. 573 et A. BOUILLLOUX, « L'adaptabilité du contrat de travail », Dr. ouv. 1997, p. 487.

² En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « Le droit et la gestion des départs », Dr. soc. 1992, p. 581.

³ V. not. P. MORVAN qui estime que cette obligation prend davantage sa source dans l'article L. 1233-2 du Code du travail exigeant que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 448 ; d'autres rattachent cette obligation au contrôle judiciaire de la cause du licenciement et partant à L. 1235-1, en ce sens, F. GÉA, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement. Une manifestation de l'ultime remède », RJS 2000, p. 512 ; P. LANGLOIS, « Le motif économique », Gaz. Pal. 1997, I, doct., p. 155.

⁴ La loi Aubry II du 19 janvier 2000 avait consacré la formule de l'arrêt *Expovit* à l'ancien article L. 932-2 du Code du travail qui disposait à l'époque que « *l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois* » (loi n° 2000-37, du 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, JO 20 janv. 2000, p. 975, art. 17). Ce texte qui conférait ainsi une portée générale à l'obligation d'adaptation, fut abrogé par la loi Fillon du 4 mai 2004 et remplacé par l'ancien article L. 930-1 devenu depuis la recodification, l'article L. 6321-1 du Code du travail (Loi n° 2004-391, du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO 5 mai 2004, p. 7983).

⁵ J.-E. RAY, « Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », Dr. soc. 2008, p. 949 ; Pour une critique relative à l'expression « employabilité » et à son caractère inapproprié V. A. SUPLOT, « Ressources humaines et non « matériel humain » », Le Monde initiatives, nov. 2003, p. 14 ; N. MAGGI-GERMAIN, « La capacité du salarié à occuper un emploi », Dr. soc. 2009, p. 1234.

d'entreprise d'assurer « l'employabilité de son personnel »¹. Il appartient en effet à l'employeur non seulement de s'assurer que le salarié puisse continuer à occuper son poste de travail au sein de l'entreprise, en dépit des mutations de ce dernier, mais aussi de garantir son employabilité externe², en lui permettant de s'adapter aux évolutions des techniques, des métiers, des emplois, etc., afin de pouvoir retrouver *un* emploi sur le marché du travail s'il venait à être licencié.

Au-delà de cette obligation générale d'adaptation tout au long de la relation de travail, la loi de modernisation sociale a expressément consacré l'obligation patronale d'adaptation préalable au prononcé d'un licenciement pour motif économique³. Ainsi, l'article L. 1233-4 du Code du travail dispose que « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés* » afin d'offrir au salarié un maximum de chances de conserver un emploi.

365. *Objet de l'obligation d'adaptation préalable au licenciement pour motif économique.* À la différence du devoir général d'adaptation de l'article L. 6321-1 du Code du travail, l'obligation d'adaptation prévue à l'article L. 1233-4 dudit code a un caractère ponctuel. C'est au moment où il envisage de prononcer un licenciement pour motif économique que l'employeur doit offrir une formation aux salariés pour leur permettre de s'adapter aux nouvelles fonctions proposées dans le cadre d'une modification de leur contrat pour motif économique ou de la transformation de leur emploi due à des mutations technologiques ou encore au poste de reclassement que l'employeur leur propose. Cette obligation d'adaptation a une finalité précise : essayer d'éviter la rupture du contrat de travail en permettant au salarié d'être reclassé sur un autre emploi ou de s'acclimater aux évolutions connues par le sien du fait de la restructuration.

Obligation de moyens renforcée, l'obligation d'adaptation préalable au licenciement pour motif économique impose à l'employeur de mettre en œuvre tous les moyens susceptibles d'offrir au salarié une mise à niveau de ses compétences en adéquation avec la transformation de son emploi ou la modification de son contrat de travail pour qu'il puisse

¹ F. FAVENNEC-HERY, « Du droit du licenciement économique au droit de l'employabilité du salarié », SSL 2004, n° 1291, p. 3.

² A ce titre, L'obligation de veiller au maintien de la capacité des salariés à occuper un emploi relève de la seule initiative de l'employeur. les salariés n'ont pas à formuler de demandes de formations : Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-14.916, à paraître au Bulletin ; C. WILLMANN, « L'obligation d'adaptation des salariés à leur poste de travail pèse sur l'employeur, même si les salariés ne sont pas demandeurs », Lexbase éd. soc., du 10 juil. 2014, n° 578, N° LXB N3060BUU.

³ Loi du 17 janv. 2002, préc.

occuper durablement son nouveau poste. Surtout, cette obligation est le corollaire de l'obligation de reclassement ; elles ne se confondent pas mais l'obligation d'adaptation est un moyen de satisfaire à l'obligation de reclassement¹.

Garantir l'effectivité du droit au reclassement et du droit à l'emploi dont il découle², suppose en effet que l'employeur envisage toutes les alternatives à la rupture du contrat ce qui implique qu'il assure l'adéquation des compétences du salarié aux exigences d'un poste disponible en lui offrant la courte formation qu'implique son reclassement³. Il appartient donc aux juges de s'assurer que les moyens de formation mis à disposition du salarié sont bien proportionnés au but recherché (son reclassement) ce qui suppose notamment la prise en compte de sa qualification, limite de l'obligation d'adaptation.

366. Limite de l'obligation d'adaptation. L'obligation d'adaptation n'est pas sans limites. Ainsi, « *si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, au besoin en leur assurant une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut* »⁴, ni « *de leur délivrer une qualification nouvelle leur permettant d'accéder à un poste disponible de catégorie supérieure* »⁵. La limite de l'obligation d'adaptation tient donc essentiellement à la qualification du salarié, ce qui est logique dans la mesure où l'adaptation relève du champ contractuel. La formation à une autre qualification en est dès lors exclue puisqu'elle excède l'exécution de bonne foi du contrat de travail. Si l'employeur est tenu d'exécuter loyalement le contrat de travail et ainsi de maintenir autant que faire se peut le salarié dans l'entreprise en lui assurant une formation de nature à lui permettre d'acquérir les compétences nécessaires pour occuper un poste de reclassement ou s'adapter aux transformations de son emploi ou à la modification de ses fonctions, il ne lui appartient pas de lui offrir la formation initiale qui lui fait défaut⁶. Les juges ne sauraient se substituer aux parties au contrat de travail pour leur imposer de le modifier en contraignant l'employeur à mettre le salarié en mesure d'acquérir une autre qualification⁷.

¹ Cass. soc., 19 oct. 1994, Bull. civ. V, n° 279.

² Cons. const., déc. n° 2001-455, préc.

³ Cass. soc., 19 oct. 1994, préc. ; Cass. soc., 28 mai 2008, JCP E 2008, 2032, obs. S. BEAL et A.-L. DODET ; JS Lamy 2008, n° 237, p. 15, obs. M.-C. HALLER.

⁴ Cass. soc., 3 avr. 2001, Bull. civ. V, n° 114 ; D. 2001, Somm. 2170, obs. A. BOUILLOUX ; RJS 2001, n° 731 ; Cass. soc., 2 juil. 2014, n° 13-13.876, à paraître au Bulletin.

⁵ Cass. soc., 17 mai 2006, RDT 2006, p. 101, obs. P. WAQUET ; JCP S 2006, 1016, obs. T. LAHALLE.

⁶ Cass. soc., 11 janv. 2000, n° 97-41.255, inédit.

⁷ En ce sens, M.-J. GOMEZ-MUSTEL, « Les enjeux de l'obligation d'adaptation », Dr. soc. 2004, p. 499.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs précisé « *qu'en vertu de cette obligation, l'employeur doit offrir au salarié la formation nécessaire pour occuper les emplois qu'il lui propose dans le cadre de son obligation de reclassement, c'est-à-dire des emplois de même catégorie que celui qu'il occupe ou équivalents ou encore, sous réserve de son accord exprès, d'une catégorie inférieure* »¹. Il ne peut donc être reproché à un employeur de ne pas avoir offert en reclassement à un médecin salarié un emploi de directeur des ressources humaines qui supposait « *une formation et une expérience professionnelle que le salarié ne possédait pas* »², excédant par conséquent le devoir d'adaptation de l'employeur. De même, on ne saurait exiger de l'employeur qu'il prépare les salariés « *à une reconversion professionnelle nécessitant une formation de base qui leur fait défaut* »³.

L'obligation d'adaptation impose donc seulement à l'employeur d'assurer au salarié une formation complémentaire en lien avec son expérience et sa qualification, d'une durée relativement courte afin qu'il soit en mesure d'occuper le poste de reclassement qui lui est proposé ou de conserver son emploi transformé ou modifié dans le cadre de la restructuration. On ne peut qu'approuver cette limite ainsi posée tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État⁴. Contraindre l'employeur à offrir au salarié les moyens d'une reconversion excèderait largement le champ de la bonne foi contractuelle et serait en outre particulièrement inopportun eu égard aux circonstances dans lesquelles doit être mise en place l'adaptation du salarié. En effet, lorsque l'employeur projette un licenciement pour motif économique le contexte dans lequel intervient la restructuration, qu'il s'agisse de difficultés économiques ou de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, implique une certaine célérité peu propice au déroulement de formations de longue durée onéreuses. En revanche, dès lors que l'employeur aurait pu reclasser un salarié menacé de licenciement en lui donnant accès à une courte formation lui permettant de s'adapter au poste disponible, il méconnaît les dispositions de l'article L. 1233-4 du Code du travail et doit à ce titre être sanctionné.

367. Sanction de l'obligation d'adaptation préalable au licenciement pour motif économique. Lorsqu'en 2002, le législateur a consacré à l'article L. 1233-4 du Code du

¹ Cons. const., déc. n° 2001-455 DC, préc., cons. 21.

² Cass. soc., 12 juil. 2006, RJS 10/06, n° 1073.

³ Cass. soc., 10 mars 2009, Bull. civ. V, n° 69 ; RDT 2009, p. 654, obs. M.-J. GOMEZ-MUSTEL ; cet arrêt ne porte pas à proprement parler sur l'article L. 1233-4 du Code du travail mais sur l'article L. 421-9 du Code de l'aviation civile l'arrêt étant relatif au reclassement de pilotes sur des emplois au sol.

⁴ Le Conseil d'État estime ainsi qu'il n'appartient pas à l'employeur de délivrer au salarié « *une longue formation préalable aux résultats incertains* » afin de reclasser le salarié ; en ce sens CE, 30 avr. 1997, n° 155294, RJS 7/97, n° 837.

travail, l'obligation d'adaptation préalable au licenciement pour motif économique, il a omis d'en prévoir la sanction. Saisi de cette question le Conseil constitutionnel a précisé qu'« *en l'absence de disposition expresse en ce sens, et la nullité ne se présument point, la méconnaissance de cette obligation ne pourra pas être sanctionnée par la nullité de la procédure de licenciement et l'obligation de réintégration qui en résulterait* »¹. Dès 1992, lorsqu'elle dégagait l'obligation patronale d'adaptation préalable au licenciement pour motif économique, la Cour de cassation sanctionna sa méconnaissance en constatant l'absence de cause réelle et sérieuse de la rupture², ce que l'on ne peut qu'approuver dans la mesure où le non-respect de l'obligation d'adaptation cristallise le fait que le licenciement n'était pas l'ultime remède : l'employeur aurait pu trouver une alternative à la rupture du contrat³.

368. Autonomie des obligations d'adaptation et de leurs sanctions. Un arrêt du 23 juin 2010 met en exergue l'autonomie des deux obligations patronales d'adaptation et de leur sanction⁴. Ainsi, dans un premier temps la Cour de cassation met en relief la finalité particulière de l'obligation d'adaptation prévue par l'article L. 1233-4 du Code du travail : il s'agit **uniquement** de tout mettre en œuvre pour éviter le licenciement pour motif économique du salarié.

Si l'emploi du salarié est supprimé et qu'aucun poste de reclassement n'est disponible, l'employeur est en quelque sorte exonéré de son obligation d'adaptation préalable au licenciement pour motif économique. Cette obligation est non seulement ponctuelle (*id est* seulement préalable au licenciement) mais aussi circonstancielle : ce n'est que si l'emploi du salarié est transformé ou modifié ou si un poste de reclassement est susceptible de lui être proposé que l'employeur devra satisfaire à l'obligation d'adaptation aux fins de lui permettre

¹ Cons. const., déc. n° 2001-455 DC, préc., cons. 21.

² Cass. soc., 25 fév. 1992, préc. En réalité elle emploie l'expression « *le licenciement ne reposait pas sur un motif économique* », confondant cause qualificative et justificative de la rupture.

³ Cass. soc., 6 juil. 1999, Bull. civ. V, n° 333 ; Cass. soc., 7 juin 2000, n° 98-42.267, inédit ; Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-44.628, inédit.

⁴ Ce dont on avait pu douter dans un arrêt du 23 octobre 2007 dans lequel la Cour de cassation affirma que « *la Cour d'appel [ayant] constaté que les salariées, présentes dans l'entreprise depuis respectivement 24 et 12 ans, n'avaient bénéficié que d'un stage de formation continue de trois jours [deux ans avant leur licenciement] ; (...) [avait] pu en déduire qu'au regard de l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation des salariées à leur poste de travail et de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, ces constatations établissaient un manquement de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail entraînant un préjudice distinct de celui résultant de sa rupture* »⁴. Elle approuva donc la Cour d'appel de leur avoir octroyé des dommages et intérêts au titre non seulement de l'absence de cause réelle et sérieuse de leur licenciement mais aussi du préjudice résultant de la méconnaissance par l'employeur de son obligation générale d'adaptation. La rédaction relativement obscure de l'arrêt alliée à l'exposé pour le moins succinct des faits laissait planer le doute d'une double sanction de la violation de l'article L. 1233-4 du Code du travail ; Cass. soc., 23 oct. 2007, Bull. civ. V, n° 171 ; D. 2007, AJ 2874, obs. L. PERRIN ; RDT 2008, p. 33, obs. A. FABRE ; Dr. soc. 2008, p. 126, obs. J. SAVATIER ; SSL 2007, n° 1334, p. 10, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES ; JCP E 2008, 1127, note I. AYACHE-REVAH et S. LANGOT

d'occuper l'un ou l'autre poste. Si aucune relation de travail ne peut être maintenue, l'employeur est en quelque sorte libéré de cette obligation et ne peut se voir reprocher un manquement au titre de l'obligation d'adaptation de l'article L. 1233-4 du Code du travail. Pour autant, cela ne signifie pas que l'employeur a satisfait à son obligation générale d'adaptation, comme le souligne dans un second temps la Cour de cassation qui estime qu'en déboutant la salariée de sa demande de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de maintenir sa capacité à occuper un emploi au motif que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse la Cour d'appel a violé les articles L. 6321-1 du Code du travail et 1147 du Code civil en ce que « *le manquement de l'employeur à l'obligation de veiller au maintien de la capacité des salariés à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations, entraîne un préjudice distinct de celui réparant la rupture du contrat de travail* »¹. À ce titre, le fait de n'avoir offert au salarié aucune formation pendant toute la durée de la relation de travail établit un manquement à l'obligation patronale de maintien de sa capacité à occuper un emploi².

La distinction ainsi établie par la Cour de cassation ne peut qu'être approuvée, car les deux obligations sont clairement différenciées dans le Code du travail et ne poursuivent pas des finalités identiques. Certes, les deux participent à la sécurisation des parcours professionnels mais l'une a pour objet d'éviter la rupture du lien contractuel quand l'autre a pour but d'assurer au salarié que le maintien de son employabilité tant interne qu'externe. À ce titre, il est clair que les préjudices subis du fait de la méconnaissance de l'une ou de l'autre sont distincts. En ne permettant pas à ses salariés de s'adapter à l'évolution des emplois et au maintien, voire au développement, de leur employabilité, l'employeur les place dans une situation particulièrement délicate pour retrouver un emploi puisque n'ayant bénéficié d'aucune action de formation de nature à faire évoluer leurs compétences et à accroître leurs connaissances, les salariés dont le contrat est rompu se trouvent désarmés face à un marché du travail mal portant. La carence totale d'actions de formation permettant une mise à niveau de leurs compétences aux évolutions de l'emploi handicapera dès lors particulièrement leur recherche d'une activité professionnelle. Les deux obligations patronales d'adaptation sont donc très nettement distinctes qu'il s'agisse de leur finalité, du moment où elles doivent être mises en œuvre, ou de leurs sanctions, et si la méconnaissance de l'une n'emporte pas automatiquement celle de l'autre, en cas de non-respect par l'employeur tant de l'obligation

¹ Cass. soc., 23 juin 2010, n° 09-41.912, préc. De même, le fait de n'avoir offert au salarié aucune formation pendant toute la durée de l'emploi établit un manquement à l'obligation patronale de maintien de sa capacité à occuper un emploi, en ce sens Cass. soc., 2 mars 2010, Dr. soc. 2010, p. 714, obs. J. BARTHELEMY.

² Cass. soc., 2 mars 2010, Dr. soc. 2010, p. 714, obs. J. BARTHELEMY.

générale d'adaptation tout au long de l'exécution du contrat que de celle préalable au licenciement, il s'expose à une double condamnation : au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement d'une part et de la réparation du préjudice qui résulte de la dégradation de l'employabilité du salarié d'autre part.

Au-delà de l'obligation générale d'adaptation, le droit social impose à l'employeur qui projette un licenciement pour motif économique de ne le prononcer qu'en ultime recours, ce qui implique qu'il ait fourni tous les efforts d'adaptation du salarié afin que ce dernier puisse soit occuper son emploi transformé ou modifié du fait de la restructuration, soit être reclassé sur un poste disponible, l'employeur étant tenu de rechercher toutes les alternatives à la rupture du contrat.

§ 2 : L'obligation de reclassement préalable au licenciement

369. Création jurisprudentielle. C'est en 1977, sous la plume du Conseil d'État, qu'est née l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique. Il affirma ainsi dans l'arrêt *Abellan* qu'en cas de demande d'autorisation de licenciement pour motif économique d'un salarié protégé « *il appartient à l'inspecteur du travail (...) de rechercher (...) si la situation de l'entreprise justifie le licenciement (...), en tenant compte notamment (...) de la possibilité d'assurer le reclassement du salarié dans l'entreprise* »¹.

Cependant l'Histoire juridique a retenu l'arrêt *AMU* rendu par la Cour de cassation le 1^{er} avril 1992 comme l'arrêt fondateur de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique, dans lequel elle énonce que « *le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible* »². Il faudra attendre une semaine pour qu'elle renforce cette exigence en utilisant pour la première fois l'expression « obligation de reclassement » dans l'arrêt *Jardin* rendu au visa de l'article 1134 du Code civil³. 1992 fut donc l'année de la consécration par la Cour de cassation du licenciement pour

¹ CE, 18 fév. 1977, Rec. Lebon 1977, p. 97 ; Dr. soc. 1977, p. 172, concl. P. DONDOUX.

² Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, Bull. civ. V, n° 228.

³ Cass. soc., 8 avr. 1992, Bull. civ. V, n° 258 ; JCP E 1992, II, 360, note J. SAVATIER ; Dr. soc. 1992, p. 626.

motif économique en tant qu'ultime remède¹, puisqu'avant la reconnaissance de l'obligation de reclassement en avril, elle avait découvert en février l'obligation d'adaptation préalable à la rupture². Ce n'est qu'à la condition de n'avoir d'autre solution que l'employeur peut rompre le contrat de travail pour un motif économique.

370. Consécration législative. Au départ fondée sur l'article 1134 du Code civil, siège de la bonne foi contractuelle, l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique n'intégra le Code du travail qu'en 2002³. La loi de modernisation sociale ajouta à l'ancien article L. 321-1 du Code du travail, siège de la définition du motif économique, un troisième alinéa relatif aux obligations de reclassement et adaptation, alors même qu'elles ne participent pas à cette définition. Ainsi le non-respect de l'obligation de reclassement ne prive pas le licenciement de cause économique mais bien de cause réelle et sérieuse. À ce titre et dans le souci de clarifier cette zone d'ombre, la Commission de recodification a pris le soin de distinguer la définition du motif économique des obligations de reclassement et d'adaptation dans deux sous-sections distinctes. Si désormais l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique a une assise légale, l'essentiel de son régime juridique a été élaboré par la jurisprudence.

371. Distinction avec l'obligation « collective » de reclassement. Il convient immédiatement de préciser que cette obligation de reclassement se distingue de l'obligation « collective » de reclassement qui résulte de l'article L. 1233-61 du Code du travail en vertu duquel lorsqu'un employeur envisage de prononcer un grand licenciement collectif dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, il doit élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi visant à éviter ou au moins à limiter le nombre des licenciements et intégrant « *un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité* »⁴. Ces deux obligations sont distinctes : l'obligation « collective » de reclassement a un champ d'application est nettement plus réduit que celui de l'obligation « individuelle » de reclassement qui constitue pour sa part un préalable à **tout** licenciement pour motif

¹ Là encore l'Histoire a mauvaise mémoire puisqu'en réalité dès 1991 la Cour de cassation énonçait que « *la réalité du motif économique d'un licenciement et l'examen des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier dans le cadre du groupe auquel appartient la société concernée* », Cass. soc., 20 fév. 1991, Bull. civ. V, n° 86 ; Cass. soc., 15 mai 1991, Bull. civ. V, n° 238.

² Cass. soc., 25 fév. 1992, *Expovit*, préc.

³ Loi du 17 janv. 2002, préc.

⁴ Art. L. 1233-61, C. trav. ; Loi n° 93-121, du 27 janv. 1993, portant diverses mesures d'ordre social, JO du 30 janv. 1993, p. 1576.

économique¹. Le respect de la première ne saurait donc dispenser l'employeur d'exécuter la seconde², et vice versa.

372. Obligation de rechercher toutes les alternatives à la rupture du lien contractuel.

Découlant du droit à l'emploi³, l'obligation de reclassement est censée participer à son effectivité en imposant à l'employeur qui a décidé de mettre en œuvre une restructuration consistant en une compression d'effectifs, décision que le droit social ne peut remettre en cause, d'avoir tout mis en œuvre pour essayer de maintenir le salarié dans un emploi avant de prononcer son licenciement qui, par définition, repose sur un motif non inhérent à sa personne⁴. Pour autant, le salarié ne bénéficie aucunement d'une garantie d'emploi. Il appartient seulement à l'employeur de procéder à des recherches effectives de réaffectation pour essayer d'assurer la survie du lien contractuel menacé par un projet de licenciement. En effet, l'obligation de reclassement n'est pas une obligation de résultat, et l'employeur ne saurait en principe être sanctionné au seul motif qu'il n'a pu reclasser le salarié qui n'a aucun droit absolu au maintien de son contrat par delà la restructuration⁵. L'objet de cette obligation est donc l'étude de toutes les options permettant d'envisager le maintien du salarié dans un emploi. Elle ne constitue pas un obstacle au licenciement ; elle se présente comme une limite au pouvoir unilatéral de rupture de l'employeur puisqu'en théorie, il ne peut rompre le contrat pour un motif économique qu'à la condition soit que le reclassement du salarié s'avère impossible, soit que ce dernier rejette les propositions de reclassement qui lui ont été faites. Toutefois, si l'employeur ne respecte pas cette obligation préalable au licenciement, le salarié n'aura droit qu'à des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le licenciement ne sera pas remis en cause...

¹ Ainsi, dès lors qu'une telle rupture est projetée l'employeur doit rechercher par tous les moyens à maintenir le lien contractuel peu important le nombre de licenciements envisagés, ou que l'entreprise soit soumise à une procédure collective (Cass. soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 203. Cependant il convient d'indiquer que lorsque « *le jugement arrêtant un plan de cession autorise le licenciement de salariés dont les emplois sont supprimés, le cessionnaire de l'entreprise n'est tenu à l'égard de ces derniers d'aucune obligation de reclassement* », Cass. soc., 4 juil. 2006, RDT 2006, p. 243, obs. P. WAQUET.), que le salarié ait refusé une modification de son contrat (Cass. soc., 25 nov. 2009, RDT 2010, p. 103, obs. A. FABRE.), ou qu'un plan de sauvegarde de l'emploi soit établi (Cass. soc., 6 juil. 1999, préc.).

² Cass. soc., 6 juil. 1999, RJS 1999, n° 1237.

³ Cons. const., n° 2004-509 DC, du 13 janv. 2005, JO du 19 janv. 2005, p. 896

⁴ En ce sens, B. LARDY-PELISSIER, « L'obligation de reclassement », D. 1998, p. 399.

⁵ Sauf lorsque la restructuration consiste en un transfert d'entreprise au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, hypothèse dans laquelle les contrats de travail doivent impérativement être maintenus avec le cessionnaire.

373. Obligation de moyens renforcée. Tenu de se livrer à une recherche effective de postes de reclassement, l'employeur doit d'effectuer des actes positifs d'investigation afin d'éviter la rupture du lien contractuel¹. Toutefois, si en dépit de ses efforts, l'employeur se trouve dans l'impossibilité de reclasser les salariés, il recouvre pleinement le pouvoir de licencier. Si l'obligation de reclassement n'est donc pas une obligation de résultat, on ne saurait y voir une simple obligation de moyens², comme en témoigne le renversement de la charge de la preuve dont elle est l'objet³. S'il est constant, en droit commun, que c'est à celui qui invoque la violation d'une obligation de moyens de démontrer que le débiteur n'a pas accompli les diligences nécessaires à son exécution⁴, en cas de contestation relative au respect de l'obligation de reclassement, c'est à l'employeur de prouver qu'il s'est bien trouvé dans l'impossibilité de reclasser le salarié. Ce régime spécifique de la preuve, dérogeant aux règles découlant de la *summa divisio* traditionnelle obligation de résultat/obligation de moyens, fait de l'obligation de reclassement une obligation de moyens renforcée⁵, voire, selon certains, une obligation de résultat atténuée⁶.

L'exigence d'une recherche de toutes les alternatives à la rupture du lien contractuel ne peut qu'être approuvée en ce qu'elle est censée participer à la responsabilisation de l'employeur qui décide de mettre en œuvre une restructuration consistant à licencier un ou plusieurs salariés pour un motif non-inhérent à leur personne, décision que le droit social ne peut remettre en cause et qu'il ne peut qu'encadrer en exigeant qu'elle repose sur un motif économique légitime et qu'elle constitue l'ultime recours dont dispose l'employeur. « Création jurisprudentielle », l'obligation de reclassement a fait l'objet de nombreuses décisions au fil desquelles, la Cour de cassation a élaboré son régime juridique en édictant de nombreuses règles que le législateur s'est contenté de consacrer ou de censurer, qu'il s'agisse du cadre spatio-temporel dans lequel cette obligation doit être mise en œuvre (A), des emplois que l'employeur doit rechercher (B), des modalités de proposition des offres de reclassement

¹ En ce sens, F. HEAS, thèse, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2000 ; F. HEAS, « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.*, mai 1999, p. 504 ;

² Selon certains auteurs il s'agit d'une obligation de moyen renforcée (V. not. B. LARDY-PELISSIER, « L'obligation de reclassement », *D.* 1998, p. 399 ; P. WAQUET, « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 2000, p. 170) tandis que d'autres parlent d'une obligation de résultat atténué (H. BLAISE, « Une jurisprudence en pleine évolution : maladie et accidents non professionnels, inaptitude physique du salarié », *RJS* 292, p.90, à propos du reclassement du salarié inapte)

³ En cas d'inversion de la charge de la preuve il est en effet souhaitable d'y voir une obligation de résultat atténuée, encore appelée obligation de moyens renforcée.

⁴ Art. 1315, C. civ.

⁵ En ce sens, P. MORVAN, *opus préc.*, n° 654.

⁶ Pour un résumé du débat doctrinal V. L. FIN-LANGER, « L'obligation de reclassement à l'étranger », *Rev. proc. coll.* 2009, étude 3 ; F. GÉA, art. préc.

(C) ou encore du contrôle judiciaire et de la sanction dont l'obligation de reclassement est l'objet (D)¹.

A - Le cadre spatio-temporel de l'obligation de reclassement

Il appartient à l'employeur qui décide de mettre en œuvre une restructuration susceptible d'entraîner des licenciements pour motif économique d'essayer de reclasser les salariés dont l'emploi est menacé. Il doit ainsi rechercher des postes de reclassement à leur proposer. Soucieuse de donner une certaine effectivité au droit à l'emploi des salariés, la jurisprudence a défini un cadre spatio-temporel relativement étendu dans lequel l'employeur est tenu d'envisager toutes les possibilités pour que le salarié conserve un emploi par delà la mise en œuvre de la restructuration. La Cour de cassation a donc déterminé le moment où l'employeur est tenu d'envisager des alternatives à la rupture (1) ainsi que le périmètre dans lequel il doit effectuer ses recherches (2).

1 - Le cadre temporel des recherches de reclassement

374. Dans la mesure où l'employeur ne peut prononcer de licenciement pour motif économique qu'après avoir tout mis en œuvre pour tenter de reclasser les salariés, l'exécution de cette obligation est préalable à la rupture du contrat. L'antériorité de cette obligation par rapport au licenciement a toujours été affirmée par la Cour de cassation qui énonce qu'il appartient à l'employeur de rechercher des emplois en vue du reclassement des salariés avant la notification de la rupture du contrat de travail², à compter du moment où le licenciement est envisagé³. Le caractère préalable de l'obligation de reclassement a fort logiquement été consacré à l'article L. 1233-4 du Code du travail qui dispose que le licenciement pour motif

¹ Pour mémoire, les salariés licenciés pour motif économique à la suite du refus d'une mesure de mobilité conventionnelle prévue par un accord de mobilité interne bénéficient quant à eux non pas de l'obligation de reclassement telle qu'elle résulte de l'article L. 1233-4 du Code du travail et de son interprétation jurisprudentielle, mais seulement des stipulations de l'accord de mobilité interne autorisé à adapter « *le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1* » du Code du travail ; art. L. 2242-23, C. trav.

² Cass. soc., 22 fév. 1995, Bull. civ. V, n° 66 ; Cass. soc., 27 oct. 1998, TPS 1999, comm. 9. A ce titre, l'employeur sera donc condamné pour avoir prononcé un licenciement sans cause réelle et sérieuse s'il se borne à proposer au salarié des postes de reclassement au cours de l'exécution de son préavis ; en ce sens, Cass. soc., 27 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 453.

³ Cass. soc., 30 mars 1999, Bull. civ. V, n° 146 ; Cass. soc., 11 oct. 2006, RJS 1/07, n° 29 ; Cass. soc., 13 fév. 2008, CSBP 2008, n° 200, p. 195.

économique « *ne peut intervenir que* » si le reclassement s'avère impossible, ce qui implique que soit constaté l'échec du reclassement avant de prononcer la rupture du contrat.

C'est l'existence d'un projet de licenciement pour motif économique qui fait naître cette obligation. Ainsi l'employeur doit commencer à rechercher des postes de reclassement dès l'engagement de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur un projet de licenciement collectif qui implique l'éventualité du prononcé de ruptures¹. En cas de licenciement individuel, la recherche de reclassement doit être mise en œuvre dès lors que l'employeur envisage la rupture c'est-à-dire au commencement de la procédure de licenciement, à savoir la convocation à l'entretien préalable. Toutefois, si l'employeur informe le salarié de l'existence d'un projet de licenciement le concernant, il est tenu dès cet instant d'engager des recherches en vue de le reclasser. En revanche, on ne saurait faire remonter la naissance de l'obligation de reclassement trop en amont du projet de licenciement et notamment pas avant l'apparition de la cause de licenciement². L'employeur est donc tenu de commencer à rechercher des alternatives au licenciement dès qu'apparaît la cause de ce dernier et qu'il envisage la rupture et de les poursuivre jusqu'à la notification du licenciement cristallisant son inéluctabilité.

375. Dans la mesure où l'obligation de reclassement s'impose avant tout licenciement pour motif économique y compris lorsqu'il est projeté dans une entreprise soumise à une procédure collective, l'employeur en liquidation judiciaire (ou le liquidateur) doit procéder à la recherche de postes de reclassement dans un délai relativement bref. En effet, pour que les créances résultant des ruptures soient prises en charge par l'AGS, les licenciements doivent être notifiés dans un délai de quinze jours à compter de l'ouverture de la liquidation judiciaire³. La Cour de cassation estime que la soumission de l'employeur en liquidation judiciaire à l'obligation de procéder à des recherches de reclassement dans un délai réduit par

¹ Cass. soc., 30 mars 1999, Bull. civ. V, n° 146.

² La Cour de cassation a ainsi censuré une Cour d'appel qui, pour déclarer sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié intervenu en septembre 1997, avait retenu que « *compte tenu de l'ancienneté des difficultés de la société, celle-ci aurait dû anticiper les mesures qu'elle a mises en œuvre huit mois plus tard et tenter de reclasser le salarié sur un poste de vendeur permanent pourvu en janvier 1997* » imposant par là-même « *à l'employeur débiteur de l'obligation de reclassement, à une date antérieure à l'apparition de la cause de licenciement, un devoir de prévision à long terme qui ne résulte d'aucune disposition légale* », Cass. soc., 21 juin 2006, n° 03-43.517, JCP S 2006, 1896.

³ Délai porté à 21 jours par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré ; art. L. 3253-8, C. trav.

rapport aux employeurs *in bonis* ne méconnaît par le principe constitutionnel d'égalité devant la loi¹.

L'employeur est donc tenu de rechercher des postes de reclassement jusqu'à la notification du licenciement, le début du préavis marque donc la fin de cette prospection et de fait son échec. De ce point de vue, la Cour de cassation a affirmé « *qu'au titre de son obligation de reclassement l'employeur doit proposer au salarié les emplois disponibles au moment où il manifeste sa volonté de mettre fin au contrat de travail en notifiant la lettre de licenciement, quand bien même le licenciement serait subordonné au refus par le salarié de la convention de reclassement qui lui a été proposée* »². Ainsi, même si la notification de la rupture intervient à titre conservatoire, dans l'attente de savoir si le salarié acceptera la convention de reclassement personnalisé, depuis remplacée par le contrat de sécurisation professionnelle³, elle met fin à l'obligation de reclassement de l'employeur auquel on ne peut reprocher de ne pas avoir proposé au salarié un poste devenu disponible le lendemain de cette notification⁴. Cette solution semble transposable à la lettre proposant le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle.

Si la notification de la rupture met un terme à l'obligation de rechercher des postes de reclassement, l'employeur « *doit proposer au salarié les emplois disponibles au moment où il manifeste sa volonté de mettre fin au contrat de travail en notifiant la lettre de licenciement, (...) [et] peut offrir au salarié la faculté de remettre en cause ce licenciement par l'acceptation des propositions de reclassement interne contenues dans cette lettre* »⁵. Soucieuse de conférer une effectivité maximale à l'obligation de reclassement, la jurisprudence s'assure que les employeurs l'exécutent loyalement et sanctionne dès lors ceux qui retardent sciemment des embauches⁶, tout comme ceux qui organisent volontairement l'impossibilité de reclasser.

¹ Cass. soc., 6 oct. 2011, Bull. civ. V, n° 229 ; Lettre d'actualité des proc. coll. civ. et com. 2001, n° 19, alerte 294, note L. FIN-LANGER. ; Cass. soc., 19 avr. 2013, n° 13-40.006, à paraître au Bulletin ; C. RADÉ, « QPC et licenciement des salariés dont l'entreprise est liquidée : *bis repetita* ! », Lexbase heddo, éd. soc., N° LXB A4204KCP.

² Cass. soc., 13 nov. 2012, Bull. civ. V, n° 287 ; JCP E 2013, 1177, comm. S. BEAL.

³ Art. L. 1233-65 et s., C. trav.

⁴ Cass. soc., 13 nov. 2012, préc. De même, « *les possibilités de reclassement [s'appréciant] au plus tard à la date du licenciement* », une Cour d'appel ne peut reprocher à un employeur ne n'avoir pas recherché de postes de reclassement dans le groupe auquel elle appartient dès lors qu'à la date du licenciement elle n'y n'était pas encore intégrée » ; Cass. soc., 1^{er} juin 2010, Bull. civ. V, n° 121 ; Dr. soc. 2010, p. 995, obs. G. COUTURIER.

⁵ Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-15.387, inédit.

⁶ Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.690, inédit.

Lorsqu'il envisage de prononcer un licenciement pour motif économique, l'employeur est donc tenu de rechercher toutes les alternatives à ce dernier afin de permettre au salarié de conserver un emploi par delà la restructuration, la jurisprudence ayant défini un vaste périmètre dans lequel l'employeur se doit d'effectuer ses recherches.

2 - Le périmètre des recherches de reclassement : entre réalisme et artifice

Afin d'offrir aux salariés menacés de licenciement pour motif économique un maximum de chances d'être reclassés et partant de conserver un emploi, la Cour de cassation exige de l'employeur qu'il recherche des postes de reclassement dans un périmètre particulièrement étendu. Ainsi, en présence d'une entreprise à structure complexe non-membre d'un groupe, il appartient à l'employeur d'étudier les possibilités de reclassement au niveau de l'entreprise dans son ensemble et non du seul établissement dans lequel travaillent les salariés menacés de licenciement¹. Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, ses recherches doivent être étendues à certaines entreprises du groupe ; obligation qui présente un caractère relativement artificiel puisque l'obligation de reclassement ne pèse que sur l'employeur et ne donne dès lors lieu que rarement à un reclassement effectif (a), l'employeur devant de surcroît étendre ses recherches hors de nos frontières (b).

a - La relative ineffectivité de l'extension du périmètre de reclassement au groupe

Si l'employeur est tenu d'étendre ses recherches de postes de reclassement à tout ou partie des entreprises du groupe dont il fait partie, le critère discriminant du « groupe de reclassement » étant la possible permutation du personnel entre les sociétés (α), l'élargissement du périmètre de l'obligation de reclassement au niveau du groupe est en quelque sorte artificielle dans la mesure où elle se heurte à un certain nombre d'obstacles : effet relatif des conventions, autonomie des personnes morales qui composent le groupe, absence de personnalité juridique de ce dernier, qui contribuent à l'ineffectivité de l'extension au groupe de l'aire de reclassement, en dépit de certains remèdes (β).

¹ Cass. soc., 22 fév. 1995, Bull. civ. V, n° 66.

α - L'obligation de rechercher des postes dans les entreprises du groupe avec lesquelles existe une possible permutation des salariés

376. Recherches étendues aux entreprises du groupe avec lesquelles une permutation du personnel est envisageable. Consciente des liens économiques et organisationnels existant au sein d'un groupe et souhaitant conférer au droit à l'emploi une effectivité maximale, la Cour de cassation a précisé dès 1992 que « *la recherche des possibilités de reclassement du salarié [doit] s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* »¹. Cette solution ne peut qu'être approuvée : si les entreprises d'un groupe entretiennent des relations financières, logistiques, ou de partenariat telles que leurs salariés peuvent être amenés à travailler successivement sous l'autorité de l'une ou de l'autre, il apparaît on ne peut plus logique qu'elles soient incluses dans l'aire dans laquelle l'employeur doit rechercher des postes de reclassement. À l'inverse, si l'entreprise fait partie d'un groupe de sociétés dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation² ne permettent pas une telle permutableté, l'employeur n'a pas à rechercher de postes de reclassement au-delà de l'entreprise³.

377. La possible permutation des salariés constitue donc le critère distinctif du groupe de reclassement qui s'avère être une entité propre au droit du reclassement. En effet, en dépit de la formulation de l'article L. 1233-4 du Code du travail qui impose à l'employeur de rechercher les possibilités de reclassement au niveau du groupe sans autre précision, la jurisprudence a défini pour l'exécution de cette obligation un « groupe de reclassement » qui ne saurait être assimilé au groupe tel qu'envisagé dans d'autres domaines. Le groupe, notion fonctionnelle, est en effet l'objet de multiples définitions selon que l'on se réfère au droit des sociétés, au droit communautaire des concentrations, au droit fiscal ou encore au droit du travail qui conçoit cette notion de diverses manières⁴. Cette pluralité de définitions du groupe a conduit la jurisprudence à n'en retenir aucune pour privilégier une définition fonctionnelle et réaliste du groupe en matière de reclassement reposant sur un critère discriminant : la possible

¹ Cass. soc., 25 juin 1992, Bull. civ. V, n° 420 ; en réalité dès 1991, la Cours de cassation avait posé en principe que l'aire du reclassement était le groupe sans autre précision, en ce sens Cass. soc., 20 fév. 1991, Bull. civ. V, n° 86, préc.

² Précision ajoutée dans l'arrêt *Vidéocolor*, Cass. soc., 5 avr. 1995, préc.

³ Cass. soc., 16 déc. 1992, Dr. soc. 1993, p. 276.

⁴ V. Q. URBAN, « Le juge et le parcours professionnel du salarié dans le groupe », LPA 2009, n° 79, p. 23.

permutation des salariés entre les entreprises qui le composent, peu important qu'elles appartiennent ou non au même secteur d'activité¹.

La Cour de cassation a donc une approche très pragmatique du groupe de reclassement éloignée de toute considération capitalistique² ; l'absence de dépendance financière entre sociétés³, ou à l'inverse l'existence de liens financiers⁴, ne saurait suffire à caractériser ou exclure l'obligation pour l'employeur d'étendre ses recherches de reclassement hors de l'entreprise. De même, le groupe de reclassement n'est pas assimilable au groupe tel que défini à l'article L. 2331-1 du Code du travail pour la mise en place d'un comité de groupe⁵. Il revient toutefois aux juges du fond de constater que les entreprises appartiennent bien au même groupe que celle dont la restructuration consiste à prononcer des licenciements pour motif économique, ce qui n'est pas *a priori* le cas des entreprises sous-traitantes⁶. Une fois l'appartenance au même groupe constatée, ils doivent en toute hypothèse s'assurer que les activités, organisations ou lieu d'exploitation des différentes sociétés permettent d'effectuer une permutation de tout ou partie du personnel⁷, critère distinctif du groupe de reclassement.

378. Groupe de reclassement et unité économique et sociale (UES). Cette approche fonctionnelle du groupe de reclassement n'est pas sans rappeler la notion d'UES dont elle s'inspire sans doute tout en étant clairement distincte. En effet, comme le souligne Jérôme DANIEL, « lorsque la jurisprudence identifie positivement le groupe de reclassement en prenant en compte l'identité de statut professionnel, l'existence d'intérêts et d'activités communs entre les sociétés, et plus largement en constatant que les activités, l'organisation et les lieux d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel, la notion d'UES est proche »⁸. Toutefois si groupe de reclassement et UES peuvent être caractérisés sur la base de certains indices communs, ces deux périmètres sont bien distincts dans la mesure où le critère essentiel du groupe de reclassement est la permutabilité du personnel qui n'est qu'accessoire pour identifier une UES. Le groupe de reclassement est donc susceptible

¹ Cass. soc., 29 mai 2013, n° 12-13.943, inédit.

² Ainsi, une association peut constituer avec des entreprises un groupe de reclassement, en ce sens, Cass. soc., 23 mai 1995, RJS 1995, n° 765.

³ Cass. soc., 27 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 459 ; RJS 1998, n° 1456 ; Cass. soc., 10 fév. 2009, RDT 2009, p. 377, obs. Y. CHAGNY.

⁴ Cass. soc., 10 déc. 2002, RJS 2/03, n° 171 ; Cass. soc., 3 déc. 2008, RJS 2/09, n° 153 ; Cass. soc., 1^{er} déc. 2010, n° 09-68.380, inédit. ; Cass. soc., 22 janv. 2014, n° 12-19.099, inédit.

⁵ Cass. soc., 10 déc. 2002, préc.

⁶ Cass. soc., 23 oct. 2012, Bull. civ. V, n° 272 ; JCP S 2013, 1039, note L. FIN-LANGER.

⁷ Cass. soc., 31 janv. 2001, Dr. soc. 2001, 565, obs. G. COUTURIER.

⁸ J. DANIEL, « La cause économique du licenciement à l'épreuve de l'UES », JCP S 2007, 1931.

d'être un espace plus large que l'UES contribuant ainsi à multiplier les chances de reclassement.

379. Caractérisation de la possible permutation. L'employeur doit donc rechercher, et surtout proposer, des emplois disponibles dans les entreprises du groupe avec lesquelles la permutation des salariés est possible. Peu importe que des permutations aient déjà eu lieu, ce qui compte c'est qu'elles soient envisageables. Reste à déterminer comment se caractérise la permutableté des salariés entre les différentes entreprises du groupe. La compatibilité des activités des entreprises ainsi que la similitude des métiers exercés en leur sein sont des indices de la permutableté du personnel¹, tout comme l'organisation des entreprises au sein du groupe². À l'inverse, le simple fait que les salariés se voient appliquer les accords collectifs d'une autre entreprise ne suffit pas à identifier l'existence d'un groupe de reclassement entre leur employeur et cette dernière³.

En revanche, si des mutations intragroupe ont déjà eu lieu, l'existence d'un « groupe de reclassement » est caractérisée⁴. De même, si le contrat de travail d'un salarié prévoit qu'il pourrait être affecté dans des filiales, société mère ou partenaires de l'employeur et que plusieurs salariés ont été affectés dans ces entreprises, il en résulte l'identification d'un groupe d'entreprises au sein desquelles la permutation est possible impliquant l'obligation pour l'employeur de rechercher d'éventuelles postes de reclassement à ce niveau⁵. Notion fonctionnelle, le groupe de reclassement implique que les juges du fond fassent preuve de pragmatisme, analysant divers indices de nature à démontrer l'existence d'une « zone de mobilité »⁶ entre plusieurs entreprises mettant ainsi en exergue la possible permutation du personnel entre elles.

L'employeur doit donc étendre ses recherches de reclassement aux entreprises du groupe avec lesquelles la permutation de tout ou partie du personnel est envisageable ce qui implique non seulement qu'il adresse « *tant auprès des sociétés françaises du groupe que de celles situées à l'étranger, des correspondances circonstanciées et précises les informant de*

¹ A ce titre, le fait que l'activité de l'employeur s'exerce dans le cadre d'un contrat de franchise prévoyant expressément une totale indépendance et responsabilité du franchisé dans tous les aspects de son exploitation n'est pas de nature à exclure la possible permutation des personnels au sein du réseau de franchise. Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-22.944, inédit.

² Une éventuelle unité de direction est en effet susceptible de favoriser le déplacement des salariés d'une entreprise à l'autre et de rendre ainsi leur permutation possible Cass. soc., 17 déc. 1992, Bull. civ. V, n° 604.

³ Cass. soc., 7 juil. 2009, n° 08-40.359, inédit, à propos du reclassement d'un salarié inapte.

⁴ Cass. soc., 19 nov. 1992, Bull. civ. V, n° 562 ; Cass. soc., 17 déc. 1992, préc.

⁵ Cass. soc., 5 oct. 1999, Dr. soc. 1999, p. 1112, obs. G. COUTURIER.

⁶ Expression employée par G. COUTURIER, obs. sous Cass. soc., 5 oct. 1999, préc.

la procédure de licenciements économiques en les invitant à lui communiquer la liste des postes à pourvoir accompagnée de leur descriptif détaillé »¹, mais également qu'il précise dans ces courriers les profils des salariés menacés de licenciement pour motif économique afin que les entreprises du groupe puissent utilement lui répondre. Ainsi, ne satisfait pas son obligation de rechercher activement des emplois au sein du groupe l'employeur qui se contente d'adresser « aux établissements du groupe, d'envergure nationale, un courrier circulaire omettant de faire état de l'ancienneté véritable et de la polyvalence de la salariée [en ce qu'il] ne les pas mis en mesure de répondre valablement à la demande de reclassement »².

380. Possible élargissement conventionnel du périmètre de reclassement.
« L'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur ne s'étend pas aux entreprises extérieures au groupe dont il relève sauf convention ou engagement contraire »³. Ainsi, si une convention collective applicable dans l'entreprise « impose à l'employeur qui envisage de prononcer des licenciements pour motif économique de « rechercher les possibilités de reclassement à l'extérieur de l'entreprise, en faisant appel à la commission territoriale de l'emploi », (...) la méconnaissance par l'employeur de dispositions conventionnelles qui étendent le périmètre de reclassement et prévoient une procédure destinée à favoriser un reclassement à l'extérieur de l'entreprise, avant tout licenciement, constitue un manquement à l'obligation de reclassement préalable au licenciement »⁴. S'agissant de la possibilité d'élargir les recherches de reclassement hors du groupe il convient de mentionner un arrêt relativement hétérodoxe rendu le 30 septembre 2013 par la Cour de cassation. En l'espèce, en marge du plan de sauvegarde de l'emploi l'employeur avait conclu avec six salariés et une organisation syndicale un « protocole d'accord » offrant la possibilité à six salariés menacés

¹ Cass. soc., 24 sept. 2013, n° 11-26.666, inédit.

² Cass. soc., 10 fév. 2010, n° 08-45.267, inédit ; En ce sens également, Cass. soc., 8 déc. 2010, Rev. proc. coll. 2011, n° 2, comm. 60, note F. TAQUET ; Cass. soc., 13 fév. 2008, n° 06-44.984, inédit ; Cass. soc., 10 fév. 2010, inédit

³ Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-44.751, RJS 2008, n° 441 ; dans le même sens, Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.795, RJS 2011, n° 219.

⁴ Cass. soc., 28 mai 2008, Bull. civ. V, n° 116 ; JCP S 2008, 1597, note B. BOSSU ; RDT 2008, p. 529, note F. HEAS ; Cass. soc., 18 fév. 2014, n° 12-18.029, à paraître au Bulletin ; JCP S 2014, 1228, note P. MORVAN . Lexbase hebdo, éd. soc., N° LXB : N1475BU8, note A. FABRE. De même, si la convention collective applicable dans l'entreprise prévoit que l'employeur doit s'efforcer, avant tout congédiement pour cause de suppression d'emploi, de proposer à l'intéressé dans l'entreprise un poste équivalent et que, dans le cas où l'entreprise ne pourrait fournir un tel poste à l'intéressé, l'entreprise doit en vertu des dispositions conventionnelles s'adresser à son organisation professionnelle qui doit s'efforcer à son tour de reclasser le salarié congédié, dès lors que l'employeur s'est abstenu de solliciter son organisation professionnelle il n'a pas satisfait à l'obligation de reclassement particulière prévue par la convention collective ce dont il se déduit que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. En ce sens, Cass. soc., 2 mai 2001, Bull. civ. V, n° 146.

de licenciement de conclure une convention de congé de conversion de huit mois avec maintien des salaires nets, et de bénéficier d'un dispositif d'accompagnement assuré par un cabinet de recrutement, avec lequel les salariés avaient signé une charte, étant précisé que le protocole prévoyait que le cabinet de recrutement proposerait au minimum trois offres valables d'emploi à chaque salarié. L'une des salariés, qui avait refusé une offre de reclassement au sein du groupe, fut licenciée à l'issue du congé de conversion sans que le cabinet de recrutement lui ait proposé trois offres valables d'emploi. Elle saisit alors la juridiction prud'homale afin que soit caractérisée la méconnaissance par l'employeur de son obligation de reclassement.

Au visa des articles 1134 du Code civil, L. 1233-3 et L. 1233-4 du Code du travail, la Cour de cassation a censuré la Cour d'appel qui avait débouté la salariée de ses demandes en jugeant que « *le non-respect éventuel par le cabinet de recrutement de ses engagements ne pouvait affecter la légitimité du licenciement* »¹. Cette solution fut cassée au motif « *d'une part, que l'obligation de proposer trois offres valables d'emplois à chaque salarié engageait l'employeur, peu important qu'il ait sollicité le concours d'un organisme extérieur, et (...) d'autre part, que le non-respect de cet engagement, qui étendait le périmètre de reclassement, constituait un manquement à l'obligation de reclassement préalable au licenciement et privait celui-ci de cause réelle et sérieuse* »². Certes, l'employeur avait conclu le protocole d'accord prévoyant que le cabinet de recrutement proposerait aux salariés au minimum trois offres valables d'emploi en dehors du groupe, ce qui explique le visa de l'article 1134 du Code civil. Toutefois, en visant l'article L. 1233-4 du Code du travail et en estimant que l'obligation préalable au licenciement pour motif économique n'a pas été respectée, cet arrêt confond, à notre sens, l'obligation « individuelle » de reclassement interne, et l'obligation « collective » de reclassement au titre du plan de sauvegarde de l'emploi qui doit prévoir des mesures de reclassement externe pour les salariés licenciés, reclassement qui implique la rupture préalable du contrat³.

De ce point de vue, l'arrêt du 30 septembre 2013 s'inscrit à rebours d'un arrêt du 21 novembre 2006, juridiquement nettement plus orthodoxe à notre sens, dans lequel la Cour de cassation affirmait « *que les "offres valables d'emplois" (OVE) prévues dans le plan n'étant destinées qu'à assurer la reconversion professionnelle des salariés, hors de l'entreprise et*

¹ Cour d'appel de Toulouse, 11 mars 2011, tel que repris dans l'arrêt de la Cour de cassation.

² Cass. soc., 30 sept. 2013, n° 12-13.439, à paraître au Bulletin, JCP S 2013, 1478, note P. MORVAN ; JCP S 2013, act. 418, note S. MIARA ; S. TOURNAUX, « Modification du périmètre et de l'intensité de l'obligation de reclassement », Lexbase hebdo éd. soc. du 17 oct. 2013, N° LXB : N8936BT7.

³ En ce sens également, P. MORVAN, note préc.

hors du groupe, après leur licenciement, l'inobservation de ce dispositif par l'employeur n'était pas de nature à caractériser un manquement à son obligation de reclassement, préalable aux licenciements, de sorte qu'il n'y avait pas lieu, pour se prononcer sur la cause des licenciements, de vérifier si cet engagement avait été tenu »¹. Cette solution nous semble être juridiquement plus conforme que celle du 30 septembre 2013 à la distinction entre obligation de reclassement interne préalable à tout licenciement pour motif économique et obligation « collective » de reclassement dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi qui peut contenir des offres de reclassement externe proposées aux salariés dont le licenciement ne peut être évité.

En tout état de cause, lorsque des stipulations conventionnelles ou un engagement de l'employeur étendent l'aire des recherches de reclassement préalables à la rupture au-delà du groupe afin de multiplier les chances de reclassement des salariés menacés de licenciement pour motif économique, ils s'imposent à l'employeur y compris lorsqu'il est soumis à une procédure collective², à défaut la méconnaissance de l'obligation de reclassement préalable à tout licenciement pour motif économique est caractérisée. Cette extension conventionnelle du cadre des recherches de reclassement risque toutefois de se révéler inefficace à l'instar des prévisions légales puisqu'elle repose sur un postulat artificiel, celui d'une « solidarité » effective des entreprises du groupe.

β - L'ineffectivité de l'extension du périmètre de reclassement et l'existence de remèdes

381. Relative ineffectivité de l'extension du périmètre de reclassement. Si l'employeur à l'origine du projet de licenciement doit s'enquérir des emplois disponibles dans les autres sociétés du groupe afin de les proposer en reclassement à ses salariés menacés de licenciement, celles-ci ne sont assujetties à aucune obligation à l'égard de ces derniers. En effet, si l'obligation de reclassement a désormais un fondement légal à l'article L. 1233-4 du Code du travail, elle n'en reste pas moins une obligation « à forte connotation contractuelle »³. L'obligation de reclassement, au départ fondée sur l'article 1134 du Code civil, se rattache en effet à l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat imposant à l'employeur de faire son

¹ Cass. soc., 21 nov. 2006, Bull. civ. V, n° 349 ; Dr. soc. 2007, p. 114, obs. G. COUTURIER ; RDT 2007, p. 105, obs. A. LYON-CAEN.

² Cass. soc., 30 sept. 2013, n° 12-15.940, à paraître au Bulletin, JCP S 2013, act. 419, veille S. MIARA.

³ G. COUTURIER, obs. sous Cass. soc., 13 janv. 2010, Dr. soc. 2010, p. 474.

possible pour assurer la survie du lien contractuel¹. À ce titre, « *l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé (...) n'incombe qu'à l'employeur ; (...) il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement* »².

De nombreux principes juridiques rendent ainsi l'extension de l'aire de reclassement au groupe quelque peu artificielle. L'effet relatif des contrats³, l'autonomie des personnes morales qui composent le groupe et l'absence de personnalité juridique de ce dernier constituent autant d'obstacles à l'effectivité du reclassement à ce niveau. Si l'employeur est tenu de rechercher des postes disponibles dans les sociétés du groupe avec lesquelles une permutation du personnel est envisageable, ces dernières ne sauraient être tenues de recruter des salariés menacés de licenciement. D'une part, elles ne sont en rien débitrices d'une quelconque obligation à l'égard des salariés d'une autre entreprise, et d'autre part on ne saurait leur imposer d'embaucher des salariés menacés de licenciement pour motif économique sans porter atteinte à leur liberté de choisir librement leurs collaborateurs, corollaire de leur liberté d'entreprendre. De ce fait, l'extension du périmètre des recherches de postes disponibles au niveau du groupe se révèle artificielle en ce qu'aucune contrainte ne pèse sur les sociétés du groupe, ce qui contribue à l'ineffectivité de cette obligation et la transforme parfois en quelque sorte en une obligation de résultat.

382. D'une obligation de moyens à une obligation de résultat ? Après avoir rappelé que l'employeur est tenu d'exécuter loyalement son obligation de reclassement, la Cour de cassation a ainsi pu décider qu'un employeur manquait à son devoir de loyauté lorsqu'une société du groupe procédait à un recrutement extérieur sur un emploi disponible qui aurait pu être proposé, et occupé, par un salarié dont le licenciement était en cours au moment de l'embauche⁴. Si les faits de l'espèce sont exposés de manière laconique, n'apportant que peu d'informations sur les diligences accomplies par l'employeur, il semble bien que ce dernier soit susceptible d'être condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif

¹ En ce sens, G. COUTURIER, obs. préc.

² Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776, Bull. civ. V, n° 5 ; Dr. soc. 2010, p. 474, obs. G. COUTURIER ; Dr. ouv. 2010, p. 214, note G. LOISEAU ; RDT 2010, p. 2030, « Groupe de sociétés et responsabilité », note F. GÉA ; H. TISSANDIER, « Sociétés à structure complexe et droit du travail », RJS 2010, p. 251.

³ Art. 1165, C. civ.

⁴ Cass. soc., 7 avr. 2004, RJS 6/04, n° 666 ; Dr. soc. 2004, p. 670, obs. G. COUTURIER.

qu'une société du groupe a préféré recruter une personne extérieure au lieu de reclasser un salarié menacé de licenciement dans une autre entité du groupe.

Cette décision laisse perplexe en ce qu'elle crée un réel paradoxe : un employeur qui aurait accompli toutes les diligences nécessaires pour obtenir du groupe la communication des postes disponibles dans les différentes sociétés susceptibles de correspondre au profil des salariés menacés de licenciement, peut donc être condamné pour exécution déloyale de son obligation de reclassement parce qu'une autre société a recruté un salarié extérieur au groupe en lieu et place de l'un des salariés qu'il envisage de licencier. Cette solution conduit ainsi à sanctionner un employeur du fait du comportement d'une autre société du groupe. Cet ersatz de responsabilité du fait d'autrui¹, est particulièrement critiquable, en ce que l'employeur doit assumer les conséquences du comportement de personnes sur lesquelles il n'exerce aucune autorité et qui n'agissent pas pour son compte, ce qui est en contradiction avec les principes de la responsabilité civile².

Comme le souligne Philippe PETEL « Il existe en effet, des mécanismes (...) qui obligent une personne à répondre du fait d'une autre : ce sont les différents régimes de responsabilité civile ou pénale du fait d'autrui. Or, quelles que soient les fluctuations qu'ils ont pu connaître, ces régimes ont toujours reposé sur l'une ou l'autre des deux idées suivantes : soit le responsable est supposé avoir commis lui-même une faute de surveillance (*culpa in vigilando*), ou de choix (*culpa in eligendo*) concernant l'auteur du dommage, ce qui suppose qu'il exerce une autorité à son égard ; soit il assume le risque lié à l'activité dommageable ou/et délictuelle parce qu'elle est exercée pour son compte, c'est-à-dire au moins dans le cadre de son entreprise, sinon dans son intérêt. »³. Or, l'employeur condamné pour exécution déloyale de son obligation de reclassement n'exerce aucune autorité vis-à-vis de la société du groupe qui a recruté un salarié extérieur au groupe au lieu de proposer l'emploi disponible pour reclasser le salarié menacé de licenciement, pas plus que l'activité de cette société n'est exercée dans son intérêt, ce qui aurait pu justifier cet ersatz de responsabilité du fait d'autrui...

Cette solution transforme en quelque sorte l'obligation de reclassement en obligation de résultat. En effet, bien que l'employeur ait activement recherché des postes de reclassement en interrogeant différentes sociétés du groupe en leur transmettant les profils des salariés dont

¹ En ce sens, Q. URBAN, art. préc.

² En ce sens, P. PETEL : « Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi », JCP E, 29 mars 2007, p. 33 ; à propos de la jurisprudence relative à l'appréciation de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens dont dispose l'UES ou le groupe, antérieure à la loi du 14 juin 2013.

³ P. PETEL, art. préc.

le licenciement est envisagé, c'est la non-obtention du résultat : le reclassement du salarié sur le poste disponible, ou tout du moins la proposition de ce poste, qui caractérise l'exécution déloyale de l'obligation de reclassement. Cet arrêt, relativement isolé¹, aboutit ainsi à sanctionner un employeur du fait du comportement d'un autre et ne contribue en rien à rendre effectif le périmètre des recherches de reclassement. Pour autant, des techniques juridiques semblent pouvoir être utilisées dans certaines circonstances afin, si ce n'est de contraindre une entreprise du groupe à reclasser un salarié menacé de licenciement par une autre, au moins d'obtenir sa participation à l'indemnisation du salarié dont le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse.

383. Reconnaissance d'une situation de coemploi. Dans la mesure où l'obligation de rechercher des postes de reclassement dans les sociétés du groupe ne pèse que sur l'employeur, qui ne peut contraindre lesdites sociétés, libres de choisir leurs collaborateurs, à recruter l'un des salariés menacés de licenciement, un remède à l'ineffectivité du périmètre de reclassement existe lorsque l'une des sociétés du groupe est reconnue coemployeur des salariés menacés de licenciement. En effet, lorsque la Cour de cassation affirme que les sociétés sœurs ou mère ne sont pas « *en cette seule qualité* » débitrices de l'obligation de reclassement à l'égard des salariés d'une autre entreprise du groupe², elle sous-entend qu'en revanche en qualité de coemployeur elles seraient tenues d'une telle obligation. Ce sous-entendu a été confirmé dans un arrêt du 28 septembre 2011 relatif à feu le groupe *Metaleurop* dans lequel la Cour de cassation énonce que « *le licenciement économique prononcé par l'un des co-employeurs mettant fin au contrat de travail, chacun d'eux doit en supporter les conséquences, notamment au regard de l'obligation de reclassement* », puis approuve la Cour d'appel qui, après avoir constaté « *qu'aucun reclassement n'avait été recherché au sein du groupe et qu'il n'était pas justifié d'une impossibilité de reclasser les salariés licenciés* », en a déduit qu'une autre société du groupe « *en sa qualité de co-employeur, devait indemniser les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, peu important que sa qualité de co-employeur n'ait été reconnue qu'après les licenciements* »³.

Cette position ne peut que susciter l'adhésion, le salarié ayant plusieurs employeurs, il en résulte fort logiquement que tous sont tenus aux mêmes obligations à son égard. La caractérisation d'une situation de coemploi permet donc de multiplier les débiteurs de

¹ Dans le même sens, Cass. soc., 31 mars 1998, RJS 1998, n° 578.

² Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776, Bull. civ. V, n° 5, préc.

³ Cass. soc., 28 sept. 2011, JCP S 2011, 1548, obs. H. GUYOT ; D. 2012, 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA.

l'obligation de reclassement, contribuant ainsi à élargir de manière efficiente l'aire des recherches de postes disponibles. Toutefois, pour mémoire, identifier une situation de coemploi implique l'existence soit d'un lien de subordination entre les salariés menacés de licenciement et l'une des sociétés du groupe, soit d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre cette dernière et l'employeur¹.

Il est à ce titre intéressant de souligner que dans l'arrêt du 28 septembre 2011, la Cour de cassation estime que la Cour d'appel a à juste titre relevé cette triple confusion entre la société mère du groupe *Metaleurop* et sa filiale pour caractériser le coemploi², alors même que la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait quant à elle estimé que les relations entre ces deux sociétés ne justifiaient pas l'extension à la société mère de la procédure collective ouverte à l'encontre de la filiale pour confusion de patrimoines³, ce qui met en exergue l'autonomie de cette triple confusion propre au droit du travail. Pour autant, comme nous l'avons vu, la Cour de cassation fait preuve de rigueur dans l'appréciation des situations de coemploi. Elle ne retient cette qualité qu'à la condition que l'une des sociétés prive réellement l'autre de toute indépendance par une immixtion dans son organisation administrative, financière et surtout sociale en s'emparant de la gestion du personnel⁴. Respectueuse de l'autonomie des personnes morales et des montages sociétaires, dès lors qu'ils ne se résument pas à un simple écran de fumée, la Cour de cassation refuse toute

¹ G. AUZERO, « Les co-employeurs », in *Les concepts émergents en Droit des affaires*, sous la dir. d'E. le DOLLEY, LGDJ 2010, p. 43 ; G. LOISEAU, « Coemploi et groupes de sociétés » JCP S 2011, 1528 ; Y. PAGNERRE, « L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail ? », JCP S 2011, 1423 ; P.-H. d'ORNANO, « L'employeur subordonné », JCP S 2011, 1529 ; P. MORVAN, « L'identification du coemployeur », JCP S 2013, 1438 ; J.-M. MIR, R. BRIHI et J.-P. LACOMBLE, « Table ronde sur le coemploi », JCP S 2013, 1082 ; J.-F. CESARO, « Le coemploi », RJS 2013, p. 3 ; B. GAURIAU, « Le co-employeur », Dr. soc. 2012, p. 995 ; G. LOISEAU, « L'identification des effets du coemploi », JCP S 2013, 1439 ; J.-F. CESARO, « Le coemploi, un phénomène de paramésie juridique », JCP S 2013, 1081.

² Cass. soc., 28 sept. 2011, préc.

³ Cass. com., 19 avr. 2005, Bull. civ. IV, n° 92 ; Bull. Joly sociétés, 1^{er} juin 2005, p. 690, note C. SAINT-ALARY-HOUIN, arrêt dans lequel la Chambre commerciale démontre à quel point elle est réticente à admettre l'extension à la société mère, d'une procédure collective ouverte à l'encontre d'une filiale. Dans cet arrêt elle censure la Cour d'appel ayant admis l'extension de la procédure collective ouverte à l'encontre d'une filiale à la société-mère au motif qu'« *en se déterminant par de tels motifs impropres à caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société-mère, qu'elle a constatés, révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société-mère avec celui de sa filiale, la Cour d'appel qui ne statuait pas sur le fondement de L. 624-3 du Code du commerce n'a pas donné de base légale à sa décision* ». La décision laisse clairement sous-entendre que si de telles relations avaient été constatées en dehors d'un groupe de sociétés elles auraient été qualifiées d'anormales et auraient, à ce titre, permis l'extension de la procédure. En ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, note préc., D. ROBINÉ et J. MAROTTE : « L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés », note sous Cass. com., 19 avr. 2005, *Metaleurop*, Rev. Sociétés 2005, p. 897 ; A. LIENHARD, « Affaire *Metaleurop* : cassation de l'arrêt d'extension de la procédure à la société mère », D. 2005, p. 1225.

⁴ Il en va ainsi par exemple lorsque les cadres dirigeants d'une filiale sont recrutés par la société mère et se trouvent placés sous la dépendance hiérarchique directe d'un dirigeant de cette dernière, à laquelle ils doivent rendre compte régulièrement de leur gestion, et que la société mère décide unilatéralement de l'attribution de primes aux cadres de direction de sa filiale, réduisant ces derniers au rang d'exécutants de ses directives ; en ce sens, Cass. soc., 28 sept. 2011, préc.

assimilation automatique des relations de groupe à des situations de coemploi. Elle se livre de ce fait à un contrôle vigilant des décisions des juges du fond caractérisant une telle situation, ce que l'on ne peut qu'approuver.

La reconnaissance de la qualité de coemployeur à une autre société du groupe serait donc de nature à conférer une certaine effectivité à l'aire des recherches de reclassement en multipliant les débiteurs de cette obligation. Ainsi, si chacun des coemployeurs est débiteur de l'obligation de reclassement à l'égard des salariés menacés de licenciement par l'un d'entre eux, il ne s'agit pas d'une obligation solidaire puisque l'exécution par l'un de son obligation de reclassement ne dispense pas l'autre employeur de procéder également à des recherches de postes de reclassement dans les entreprises du groupe avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable¹. De ce point de vue et dans la mesure où la qualité de coemployeur est en général reconnue une fois les licenciements notifiés dans le cadre d'une contestation y afférente, il semble, comme le souligne un auteur, que « dans ces conditions, il faut plutôt dire des coemployeurs qu'ils sont chacun débiteur des obligations que la loi attache à la qualité d'employeur et comptable, à l'égard des salariés, des conséquences de leur inexécution »².

Cette théorie des coemployeurs permet, sinon de conférer une réelle effectivité à l'aire de reclassement étendue aux « groupe de permutabilité » et de multiplier les chances des salariés d'être reclassés, au moins aux salariés licenciés sans l'obligation de reclassement au niveau du groupe n'ait été satisfaite, d'obtenir plusieurs débiteurs au titre de l'indemnisation du non-respect de cette obligation...

384. Action en responsabilité contre les sociétés du groupe ? Par essence contractuelle, l'obligation de reclassement ne pèse donc que sur le (ou les) employeur(s) qui projette(nt) de prononcer un licenciement pour motif économique, sans qu'il soit possible de contraindre les autres entreprises du groupe à participer effectivement au reclassement des salariés. Ne pourrait-on pour autant envisager une action à l'encontre des sociétés du groupe qui ne répondent pas à l'employeur, pourtant diligent, qui les interroge sur l'existence de postes disponibles en leur sein afin de reclasser les salariés qu'il envisage de licencier ? En effet, si les sociétés du groupe, tiers au contrat de travail, n'ont pas d'obligation de reclassement à l'encontre de salariés menacés de licenciement dans l'une des sociétés du

¹ En ce sens, G. LOISEAU, art. préc. ; G. AUZERO, art. préc.

² G. LOISEAU, art. préc. ; en ce sens également, G. AUZERO, art. préc.

groupe, elles doivent pour autant s'abstenir de tout comportement susceptible d'entraver la bonne exécution par l'employeur de ses obligations¹. L'article 1383 du Code civil permet de condamner un tiers au paiement de dommages et intérêts lorsque sa négligence a contribué à l'inexécution par l'une des parties de ses obligations. Ainsi, si, alors que l'employeur leur demande la liste de leurs postes disponibles susceptibles d'être offerts au reclassement de salariés dont il décrit le profil professionnel, elles ne répondent pas à ses sollicitations, les sociétés du groupe contribuent à la mauvaise exécution de l'obligation de reclassement et partant pourraient voir engagée leur responsabilité délictuelle à l'égard des salariés auxquels, ce manquement cause un préjudice non négligeable : la perte d'une chance de conserver un emploi². Une telle action n'a, à notre connaissance, pas encore été tentée avec succès par des salariés. Pour autant rien ne semble véritablement faire obstacle à ce que des sociétés du groupe soient sanctionnées pour avoir empêché l'employeur d'exécuter pleinement son obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique³.

Pour que la responsabilité d'un tiers au contrat soit engagée, il est indispensable que soit caractérisée une faute de sa part, étant précisé que l'existence et la connaissance du contrat par le tiers font partie des éléments d'appréciation de la faute du tiers⁴. Or, informée par l'employeur des profils des salariés menacés de licenciement lorsqu'il la sollicite pour savoir si elle dispose de poste disponibles à offrir au reclassement, la société du groupe est par cette seule demande avertie de l'existence du contrat de travail et de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur. En ne répondant pas à l'employeur, elle fait preuve de « *négligence* » au sens de l'article 1383 du Code civil, négligence qui contribue à l'inexécution de l'obligation de reclassement de l'employeur et cause aux salariés un dommage consistant en la perte d'une chance de conserver un emploi, dommage dont la société du groupe est responsable en application dudit texte. Si une telle responsabilité venait à être reconnue, certes cela ne contribuerait pas à l'effectivité de l'obligation de rechercher des postes de reclassement au niveau du groupe afin d'éviter que le salarié ne se retrouve au chômage du fait d'une restructuration, puisque ce n'est qu'après avoir été licenciés que les salariés obtiendraient des dommages et intérêts. Toutefois, l'éventualité d'une telle condamnation inciterait peut-être les entreprises du groupe dont les activités, organisation ou

¹ Sur la responsabilité délictuelle des tiers, V. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. préc.*, p. 412 et s. et p. 550 et s.

² En ce sens, G. LOISEAU, art. préc.

³ Si ce n'est qu'en général la jurisprudence retient la responsabilité délictuelle des tiers ayant contribué à l'inexécution par l'une des parties de ses obligations dans l'hypothèse d'une faute de commission du tiers et non d'une faute d'abstention, en ce sens également, G. LOISEAU, art. préc.

⁴ En ce sens, P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. préc.*, p. 412.

le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation du personnel, à collaborer effectivement aux recherches de reclassement faites par l'employeur, ce qui contribuerait à conférer une certaine effectivité au périmètre des recherches de reclassement.

385. Existence d'un accord de groupe instaurant des priorités de recrutement en faveur des salariés du groupe. Nous l'avons vu, des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences peuvent être conclus au niveau des groupes de sociétés¹. Or, il n'est pas rare que de tels accords prévoient l'obligation pour les différentes filiales ou établissements de diffuser auprès des salariés du groupe ou de l'entreprise une information relative aux postes à pourvoir et aux futurs recrutements avant de procéder à toute embauche extérieure². Dès lors que la direction du groupe et des différentes filiales couvertes par le l'accord se sont engagées à porter à la connaissance des salariés et des entreprises du groupe les emplois disponibles en leur sein et à donner une priorité aux salariés du groupe en cas de recrutement pour pourvoir un de ces postes disponibles par préférence à un salarié extérieur au groupe, elles sont tenues d'exécuter les engagements ainsi souscrits. Elles doivent à ce titre répondre aux sollicitations de l'employeur qui cherche à reclasser les salariés dont il envisage le licenciement pour motif économique et à respecter la « priorité d'embauche » prévue par l'accord.

Si la direction du groupe s'oblige, dans le cadre d'un accord de groupe, à mettre en œuvre un certain nombre de dispositifs, tels un référentiel des métiers ou une priorité d'embauche des salariés du groupe par préférence à tout recrutement extérieur, les salariés mais également l'employeur disposent, en cas de non-respect de ces engagements, d'une arme juridique pour contraindre les sociétés du groupe à participer effectivement au respect du périmètre de reclassement et, partant, à l'effectivité de cette obligation, imposant à l'employeur de rechercher des postes dans l'ensemble des sociétés du groupe avec lesquelles la permutation de tout ou partie du personnel est envisageable³.

En effet, si l'accord n'est pas respecté, salariés, employeur mais également syndicats signataires de l'accord sont fondés à saisir le conseil de prud'hommes ou le tribunal de grande

¹ Art. L. 2242-15 et s., C. trav.

² A l'instar des accords du groupe Alstom (accord du 19 janvier 2006 sur la gestion des emplois et des âges, LSQ 17 fév. 2006, n° 14568, p 1) ou de l'accord Rhodia (Accord cadre portant sur les mesures et modalités de la gestion anticipée des métiers, des emplois et des compétences conclu entre la direction du groupe Rhodia et la CGT et la CFDT le 14 mars 2007, non publié), de l'accord du groupe Sperian sur la GPEC du 10 mars 2009, LSQ 22 avr. 2009, n°15349, p. 1, de l'accord GPEC du groupe IBM France du 3 fév. 2009, LSQ du 19 juin 2009, n°131/2009, LSQ n°15386, p. 1.

³ En ce sens à propos de la mobilisation des moyens du groupe pour le reclassement dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi, M. GADRAT, « Le contenu des accords de groupe », Dr. soc. 2010, p. 651.

instance pour obtenir l'exécution des prévisions de l'accord ou des dommages et intérêts¹. Les articles L. 2262-11 et L. 2262-12 du Code du travail offrent respectivement aux syndicats et à l'employeur et/ou aux salariés le moyen d'obtenir en justice l'exécution forcée des prévisions de l'accord obligeant les différentes filiales à communiquer les postes disponibles en leur sein et à donner préférence au recrutement des salariés menacés de licenciement pour motif économique dans l'une des sociétés avant tout recrutement extérieur au groupe. L'article L.2262-12 du Code du travail dispose en effet que « *Les personnes liées par une convention ou un accord peuvent intenter toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres personnes ou les organisations ou groupements, liés par la convention ou l'accord, qui violeraient à leur égard ces engagements.* ».

Sur le fondement de ce texte, l'employeur pourrait donc demander en justice l'exécution des stipulations de l'accord en vertu desquelles les différentes filiales doivent lui communiquer les postes éventuellement disponibles en leur sein et susceptibles de permettre le reclassement de salariés menacés de licenciement pour motif économique, les salariés pouvant pour leur part exiger le respect de l'engagement relatif à la priorité de recrutement d'un salarié du groupe avant toute embauche externe.

Ainsi, la prévision dans un accord de groupe de dispositifs tendant à favoriser le reclassement au sein du groupe de salarié menacés de licenciement pour motif économique dans l'une des filiales, pourrait permettre de garantir une certaine effectivité au périmètre de l'obligation de reclassement et ainsi renforcer son efficacité.

Le droit social exige que les possibilités de reclassement des salariés menacés de licenciement pour motif économique dans le cadre d'une restructuration soient recherchées au niveau des sociétés du groupe avec lesquelles la permutation de tout ou partie du personnel est envisageable ; exigence pragmatique tenant compte de la réalité des organisations économiques et sociétaires, mais qui se heurte à l'orthodoxie juridique. Le chef de l'entreprise, à l'instar des salariés menacés par lui de licenciement, ne dispose que de peu de voies pour contraindre le groupe à effectivement s'impliquer dans le reclassement des salariés dont l'emploi est menacé par une restructuration décidée dans l'une des sociétés membres. La volonté d'instaurer un périmètre des recherches de postes de reclassement étendu aux sociétés du groupe n'est assortie d'aucune obligation à leur encontre, difficilement envisageable en

¹ Art. 1142 C. civ.

tout état de cause eu égard à l'autonomie des personnes morales et à l'absence de personnalité juridique du groupe.

En l'état du droit positif, l'implication du groupe dans le reclassement des salariés menacés de licenciement dans le cadre d'une décision de restructuration reste un vœu législatif et jurisprudentiel sans véritable portée effective ; le droit social étant confronté à l'absence de véritable appréhension juridique du groupe. Comme l'écrivait déjà Gérard LYON-CAEN en 1974, « il n'y aura plus de droit social sans une réglementation précise des groupes »¹. Si, une telle réglementation n'est pas prête de voir le jour, eu égard à des considérations relatives aux présumées nécessaires compétitivité et attractivité économiques du droit français², des remèdes circonstanciels existent cependant pour qu'une certaine effectivité soit conférée à l'obligation de rechercher des postes de reclassement au niveau du « groupe de permutableté ».

Tel est le cas d'un éventuel accord de groupe dans lequel serait prévue l'obligation pour les filiales assujetties de diffuser auprès des salariés du groupe ou de l'entreprise une information relative aux postes à pourvoir et aux futurs recrutements avant de procéder à toute embauche extérieure³.

Par ailleurs, la reconnaissance d'une situation de coemploi permet aux salariés menacés de licenciement de multiplier les débiteurs de l'obligation de reclassement. Le recours à la théorie des coemployeurs, à l'instar de la conclusion d'un accord de groupe, est malheureusement circonstanciel. Tous les groupes, loin s'en faut, ne développent pas en leur sein des relations de coemploi entre plusieurs sociétés. Pour autant, cette théorie, qui participe plus d'un assouplissement du concept d'employeur que d'une réelle appréhension juridique du groupe, réalité diverse et mouvante, mérite toute l'attention en ce qu'elle recèle le germe d'une réflexion sur le concept d'employeur dans lequel est enfermé le droit du travail. Bâti sur la relation duale employeur/salarié, né de la volonté de compenser le déséquilibre entre les parties résultant de la subordination juridique (sans parler de la dépendance économique) de l'une à l'autre, le droit du travail est désormais confronté à un changement de paradigme imposant l'adaptation de cette notion juridique au monde économique dans lequel il évolue où les employeurs se trouvent eux-mêmes subordonnés à des sociétés ou des investisseurs

¹ Cité par D. BOULMIER, « Destruction des emplois : une nécessaire responsabilisation des groupes par une substitution du groupe réel au groupe virtuel. », Dr. soc. 1998, p. 44.

² V. en ce sens les rapports du Sénat et de la Cour de cassation, préc. ; P. PETEL, article préc. ; et P. LAGESSE et N. LAURENT, article préc.

³ Accords conclus dans les groupes *Alstom*, *Sperian*, *IBM France* et *Rhodia*, préc.

financiers qui décident à leur place, les employeurs personnes morales n'étant le plus souvent que des pions que la direction du groupe meut conformément à sa stratégie globale¹.

À ce titre, la proposition ébauchée par Françoise FAVENNEC-HERY de faire appel à la notion de « relation de travail » est particulièrement intéressante pour permettre une prise en compte non seulement de la réalité organisationnelle des groupes de sociétés mais également de la « spécificité des relations de travail au sein du groupe de sociétés [qui] tient à une démultiplication des acteurs »². Elle s'interroge ainsi sur la possibilité « Sans revenir sur les critères fondamentaux du contrat de travail qui ont fait leurs preuves, sans faire appel à la thèse incertaine de coemploi qui ne permet pas de recouvrir toutes les situations, (...) de faire une place, dans le groupe, à la notion de relation de travail et d'y attacher quelques droits et obligations »³. Selon elle, « l'appel à la notion de « relation de travail » permettrait un démembrement ou un dédoublement de certaines obligations entre l'employeur proprement dit et les sociétés du groupe partie prenante à cette relation de travail. Pourrait être reconnu un certain nombre d'obligations à la charge de la société mère ou d'une société du groupe et au bénéfice de salariés d'une autre société ». Elle prend ainsi pour exemple des obligations en matière de sécurité au travail, d'information et de consultation sur la situation économique du groupe, de projets de restructuration et de réduction d'effectif⁴, mais cela pourrait également valoir pour l'obligation de reclassement...

Cette suggestion particulièrement pertinente constitue selon son auteur une proposition qui reste à parfaire. Elle n'en demeure pas moins intéressante même s'il ne semble pas à l'heure actuelle que le législateur, pas plus que les partenaires sociaux d'ailleurs, soit particulièrement tenté de « s'attaquer » aux questions relatives aux relations de travail dans les groupes de sociétés et à l'appréhension de ce dernier par le droit du travail, comme en témoigne le silence assourdissant de l'ANI du 11 janvier 2013 et de la loi de sécurisation de l'emploi sur la prise en compte de l'existence d'un groupe dans le cadre du droit du licenciement pour motif économique.

Si en étendant l'obligation de rechercher des postes de reclassement aux entreprises du groupe avec lesquelles la permutation de tout ou partie du personnel est envisageable le droit social tente de renforcer le caractère d'ultime recours du licenciement pour motif économique,

¹ V. K.-J. HOPT, « Droit comparé des sociétés », Rev. des soc. 2009, p. 309.

² F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

³ F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

⁴ F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

cette extension est à la fois réaliste au vu de l'organisation des groupes et ineffective en ce qu'elle se heurte à l'orthodoxie du droit des sociétés, à l'instar de l'obligation pour l'employeur de rechercher des postes de reclassement hors de nos frontières

.b - L'extension du périmètre des recherches de reclassement à l'étranger

386. Reclassement à l'étranger. Réalisme et artifice de l'aire de reclassement se retrouvent également s'agissant de l'obligation de l'employeur de rechercher des postes dans les entreprises du groupe situées à l'étranger. En effet, n'ignorant rien de l'environnement économique globalisé et de l'internationalisation des relations commerciales, la Cour de cassation a entendu adapter le cadre de l'obligation de reclassement aux groupes internationaux accédant ainsi au vœu du Professeur LABORDE¹. Elle exige donc que « *les possibilités de reclassement [soient] recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers* »².

Dans le souci d'accroître les chances de reclassement des salariés menacés par un projet de licenciement pour motif économique, la Cour de cassation étend donc le périmètre de l'obligation de reclassement au-delà de nos frontières, la seule limite aux recherches de reclassement à l'étranger étant l'éventuelle hostilité de la législation locale à l'emploi de travailleurs étrangers³ et qu'il appartient à l'employeur de démontrer⁴. Pour autant, si cette jurisprudence est animée d'une volonté tout à fait louable, elle manque cruellement de réalisme. Une telle solution ne tient pas véritablement compte des caractéristiques sociales et culturelles de la main-d'œuvre française. Comme le rappelle Jean-Emmanuel RAY, « lorsqu'on constate la (très humaine et compréhensible) difficulté des salariés français (souvent âgés) à quitter leur région d'origine, on peut s'interroger sur le réalisme de l'obligation de reclassement *urbi et orbi* - donc bien au-delà des frontières de l'Union

¹ J.-P. LABORDE, « La cause économique du licenciement », Dr. soc. 1992, p. 774.

² Cass. soc., 7 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 407 ; RJS 1998, n° 1352 ; Cass. soc., 30 mars 1999, RJS 1999, n° 344 ; Cass. soc., 9 fév. 2000, RJS 2000, n° 261.

³ Parce que, par exemple, les règles relatives à l'immigration s'opposent au reclassement de salariés étrangers.

⁴ Cass. soc., 4 déc. 2007 ; Bull. civ. V, n° 204 ; D. 2008, p. 757, note F. JAULT-SESEKE ; JCP S 2008, 1186, note P.-Y. VERKINDT.

européenne - prônée par la Chambre sociale »¹. En effet, on observe que peu de salariés sont véritablement enclins, quand bien même s'agirait-il de conserver un emploi, à quitter le territoire français.

De surcroît, ce cadre particulièrement large contient en germe le risque, avéré, de dérives de l'exécution de l'obligation de reclassement. Ainsi, a-t-on pu assister à l'émergence de propositions de reclassement « indécentes », certains employeurs n'hésitant pas à offrir en reclassement à des salariés des emplois identiques aux leurs mais basés en Inde ou en Hongrie aux conditions locales, notamment en termes de rémunération². Pour des raisons familiales ou personnelles évidentes, les salariés ont tendance à refuser de telles propositions qui seraient pourtant l'occasion de découvrir une nouvelle culture, de nouveaux horizons sociaux, ainsi que des conditions de travail et de salaire pittoresques.

387. Réalisme administratif. Prenant acte de cette réalité et par souci de pragmatisme, le Conseil d'État a adopté une position distincte de celle de la Cour de cassation. Après avoir longtemps refusé d'étendre le périmètre de l'obligation de reclassement hors de nos frontières³, la haute juridiction administrative a finalement procédé à un revirement en 2004. Cependant, faisant preuve comme à son habitude d'un réalisme de bon aloi, le Conseil d'État estime que ce n'est qu'à la condition que les salariés aient « *manifesté à [la demande de l'employeur] leur intérêt de principe pour un reclassement à l'étranger* » que l'employeur est tenu de « *de faire porter son examen sur les possibilités de reclassement pouvant exister dans les sociétés du groupe, y compris celles ayant leur siège à l'étranger, dont les activités ou l'organisation offrent à l'intéressé, compte tenu de ses compétences et de la législation du pays d'accueil, la possibilité d'exercer des fonctions comparables* »⁴. L'employeur doit donc au préalable s'enquérir du désir des salariés menacés de licenciement de s'expatrier ; seule une réponse positive l'obligeant à procéder à des investigations hors de nos frontières, évitant par là-même les dérives contribuant au dévoiement de l'obligation de reclassement. Subordonner l'élargissement des recherches de postes disponibles à l'étranger à l'expression par le salarié d'un intérêt pour un tel reclassement participe d'une approche distincte de celle

¹ J.-E. RAY, « La loi de cohésion sociale : continuité et contournement », Dr. soc. 2005, p. 359.

² Ainsi, un sous-traitant de PSA, La Barre Thomas, a proposé des postes de reclassement en Pologne pour une rémunération brute mensuelle de 750 €. Bosal autre sous-traitant automobile offrait à ses salariés des reclassements sur des postes en CDD en Hongrie et notamment des emplois de magasiniers pour un salaire annuel de 5 100 €. Carreman, entreprise textile a offert à neuf de ses salariés un reclassement en Inde pour 69 € bruts par mois, etc. exemples cités par F. GÉA, « Propositions indécentes (en matière de reclassement), SSL 2009, n° 1420, p.2.

³ CE, 22 mai 1995, RJS 7/95 n° 794.

⁴ CE, 4 fév. 2004, RJS 2004, n° 436 ; SSL 2004, n° 1160, p. 12.

de la Cour de cassation. Cette dernière condamne en effet les « questionnaires préalables de mobilité », qui ont connu en pratique un réel essor, les employeurs tentant par ce biais de sécuriser et de restreindre l'aire des recherches de reclassement.

388. Condamnation judiciaire des questionnaires préalables au reclassement. La Cour de cassation n'autorise pas l'employeur à limiter le champ de ses recherches de reclassement à une aire plus étroite que celle définie par la jurisprudence. Il ne lui est permis ni de restreindre « *ses recherches de reclassement et ses offres en fonction de la volonté de ses salariés, exprimée à sa demande et par avance, en dehors de toute proposition concrète* »¹, ni de présumer de leur éventuel refus de reclassement à l'étranger pour se dispenser d'y rechercher des alternatives au licenciement². Pour accorder une certaine effectivité au droit au reclassement, la Cour de cassation condamne donc les questionnaires préalables de mobilité estimant que si le principe abstrait d'une expatriation peut de prime abord être rejetée par certains, il est possible que face à la proposition concrète d'un poste à l'étranger, les salariés, après réflexion, décident de l'accepter parce que l'emploi réellement proposé les intéresse et qu'ils préfèrent « relever le défi » plutôt que de se retrouver au chômage en France³.

Ainsi, l'employeur ne peut circonscrire ses recherches avant même d'avoir commencé à exécuter son obligation de reclassement. Toutefois, si après avoir proposé des postes au salarié ce dernier les refuse et exprime spontanément et librement sa volonté, fondée sur des considérations personnelles, de ne se voir proposer que certains emplois, l'employeur pourra cantonner ses recherches en fonction des souhaits du salarié⁴. La jurisprudence judiciaire est donc opposée à la réduction de l'aire des recherches de reclassement avant toute mise en œuvre de cette obligation par l'employeur.

La condamnation jurisprudentielle des questionnaires préalables au reclassement, alliée à l'obligation de rechercher des postes à l'international, ont pu conduire certains employeurs à faire des propositions de reclassement, jugées indécentes, en offrant des postes

¹ Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-16.486, inédit, JCP S 2011, comm. 145, F. TAQUET ; en ce sens, V. aussi, Cass. soc., 4 mars 2009, JCP E 2009, 1516, note S. BEAL, préc.

² Ainsi, le refus d'une offre de reclassement à Paris par des salariés Lyonnais n'exonère pas l'employeur de rechercher des postes en dehors de la région lyonnaise et notamment pas à l'étranger ; Cass. soc., 24 juin 2008, RDT 2008, p. 598, obs. J.-Y. FROUIN ; RJS 2008, n° 968 ; Dr. soc. 2009, p. 119, obs. G. COUTURIER ; JCP S 2008, 1522, obs. F. DUMONT ; Cass. soc., 19 janv. 2011, JCP S 2011, 1216.

³ C'est ray 2005 je dirais

⁴ Cass. soc., 13 nov. 2008, Bull. civ. V, n° 217 ; RDT 2009, p. 37, obs. J.-Y. FROUIN ; RJS 1/09, n° 25 ; JCP S 2009, 1069, note D. EVERAERT-DUMONT ; JCP G 2009, II, 10035, note D. JACOTOT.

dans des pays en voie de développement aux conditions d'emploi locales impliquant notamment des rémunérations dérisoires par rapport à celles en vigueur en France.

389. Prétextant le souci d'endiguer ces propositions indécentes et d'empêcher la condamnation, illusoire, d'employeurs qui n'auraient pas effectué de telles propositions, le législateur a introduit en 2010 dans le Code du travail l'article L. 1233-4-1 définissant une procédure spécifique de reclassement à l'étranger¹. Toutefois, un doute subsiste quant à la finalité réelle de ce texte dont l'utilité reste à démontrer. En effet, au-delà du fait qu'il est fallacieux de prétendre que des employeurs ont été condamnés pour manquement à l'obligation de reclassement uniquement pour ne pas avoir proposé des postes disponibles à l'étranger dans des conditions indécentes², des garde-fous existaient dès avant l'introduction de l'article L. 1233-4-1 dans le Code du travail pour éviter que le cynisme de quelques employeurs peu scrupuleux ne dévoie l'obligation de reclassement. Tout d'abord, l'employeur est tenu d'exécuter son obligation de reclassement loyalement³. Outre l'obligation de loyauté qui aurait permis de sanctionner de tels comportements, il existe un principe de subsidiarité dans les recherches de reclassement : l'employeur doit tout d'abord recenser les postes disponibles dans l'entreprise, puis élargir le champ de ses investigations aux entreprises du groupe situées sur le territoire national avant de se pencher en dernier lieu sur l'existence

¹ Loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement, JO 19 mai 2010, p. 9209. Sur cette loi, V. A. CASADO, « L'obligation de reclassement après la loi du 18 mai 2010 », JCP S 2011, 1001 ; J. CREPIN, « Le reclassement des salariés dans les groupes internationaux : nouveaux aspects après la loi du 18 mai 2010 », Cahiers de droit de l'entreprise, 2011, doss. 4 ; F. CHAMPEAUX, « Le reclassement à l'étranger subordonné à un questionnaire préalable », SSL 2010, n° 1448, p. 2 ; C. RADÉ, « Commentaire de la loi n° 2010-499 du 18 mai 2010, visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement », Lexbase hebdo, éd. soc., 3 juin 2010, N° N2202BPA ; P.-H. d'ORNANO et N. ISMAIL, « Le questionnaire de mobilité préalable au reclassement », JCP S 2010, 1266 ; sur le projet de loi V. F. GEA, « Propositions indécentes (en matière de reclassement) », SSL 2009, n° 1420, p. 2.

² Sur ce point, V. P.-H. d'ORNANO et N. ISMAIL, art. préc.

³ L'employeur ne saurait, sans violer cette obligation de loyauté, se contenter de proposer aux salariés menacés de licenciement des postes de reclassement situés à l'étranger dans des conditions inacceptables pour des travailleurs français alors même qu'existeraient sur le territoire national au sein du groupe des emplois susceptibles de leur être offerts. A ce titre, l'instruction DGEFP du 23 janvier 2006 estimait que « l'employeur est tenu (...) d'envisager des propositions qui soient en adéquation avec les attentes légitimes du salarié (...). Dans ce cadre, la proposition d'une entreprise concernant des postes au sein du groupe, dans des unités de production à l'étranger, pour des salaires très inférieurs au SMIC, ne peut être considérée comme sérieuse. Ces propositions ne sauraient répondre aux obligations inscrites dans les articles [L. 1233-4] et [L. 1233-61] du Code du travail. Il [appartient à l'autorité administrative] de rappeler aux employeurs que les propositions de reclassement interne qu'ils doivent faire lorsqu'ils envisagent de licencier certains salariés doivent être sérieuses pour être considérées comme ayant été faites de bonne foi » ; Instruction DGEFP n° 2006-01 du 23 janvier 2006 relative à l'appréciation de propositions de reclassement à l'étranger, NOR : SOCF0610425J. Il convient d'indiquer que cette instruction a été annulée par le Conseil d'État « en tant qu'elle a exclu que des propositions de reclassement à l'étranger puissent être faites à des salariés n'appartenant pas à la catégorie des cadres supérieurs », CE, 26 fév. 2007, n° 291625, inédit.

d'emplois de reclassement à l'étranger¹. L'ordre ainsi défini pour rechercher les possibilités de reclassement participe de l'exécution loyale de cette obligation. Enfin, les partisans de la réforme de 2010 semblent avoir oublié qu'en aucun cas le salarié « victime » d'une proposition de reclassement indécente n'est tenu de l'accepter... En dépit de l'existence de diverses armes juridiques pour combattre le risque de dévoiement de l'obligation de reclassement résultant de propositions « indignes », le législateur a cru bon d'instaurer une procédure spécifique au reclassement à l'étranger, peut-être poursuivait-il en réalité un autre but...

390. Procédure spécifique au reclassement à l'étranger. La loi du 18 mai 2010 a donc introduit un article L. 1233-4-1 dans le Code du travail qui décrit de manière relativement laconique la procédure spécifique au reclassement à l'international². Lorsque l'entreprise qui se restructure, ou le groupe auquel elle appartient, est implanté(e) à l'étranger, l'employeur doit demander au salarié menacé de licenciement s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de nos frontières, et le cas échéant quelles sont les éventuelles restrictions qu'il apporte aux recherches de l'employeur s'agissant des caractéristiques des emplois, notamment en matière de localisation et de rémunération. À ce titre, on ne peut que regretter que l'incise relative à la nécessité d'assortir les offres de reclassement d'une « *rémunération équivalente* » figure seulement à l'article L. 1233-4 du Code du travail à propos des offres d'emplois équivalents³. Mettre fin aux propositions de reclassement indécentes, but affiché par la loi du 18 mai 2010, aurait requis la répétition de cette incise à l'article L. 1233-4-1 du Code du travail. Cet article condense à lui seul tous les travers du législateur moderne : imprécis, elliptique, inutile ; c'est un texte rédigé à la va-vite, un placebo présenté comme le remède au mal (imaginaire ?) du reclassement à l'étranger dont les

¹ Cass. soc., 20 sept. 2006, Bull. civ. V, n° 265.

² L'article L. 1233-4-1 du Code du travail dispose que « *Lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause, et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation.*

Le salarié manifeste son accord, assorti le cas échéant des restrictions susmentionnées, pour recevoir de telles offres dans un délai de six jours ouvrables à compter de la réception de la proposition de l'employeur. L'absence de réponse vaut refus.

Les offres de reclassement hors du territoire national, qui sont écrites et précises, ne sont adressées qu'au salarié ayant accepté d'en recevoir et compte tenu des restrictions qu'il a pu exprimer. Le salarié reste libre de refuser ces offres. Le salarié auquel aucune offre n'est adressée est informé de l'absence d'offres correspondant à celles qu'il a accepté de recevoir ».

³ Incise ajoutée par la loi du 18 mai 2010, préc.

symptômes ont été diagnostiqués par les médias et l'opinion publique dont la pertinence des analyses reste à démontrer...

Ainsi, ce texte soulève pour l'instant bien plus de questions qu'il n'en résout. Une circulaire est venue apporter quelques éclairages sur certains points obscurs mais faute de valeur normative¹, il faudra attendre les lumières de la Cour de cassation pour connaître notamment le moment auquel l'employeur devra adresser aux salariés le questionnaire préalable, son contenu précis, le type de restrictions susceptibles d'être formulées par le salarié, la sanction du non-respect de cette procédure, etc.

Si l'article L. 1233-4-1 du Code du travail ne dit mot des informations que l'employeur doit fournir au salarié, la circulaire du 15 mars 2011 indique pour sa part qu'il « *pourra* » délivrer dans le formulaire des informations générales sur les conditions de travail dans les différentes implantations pour éclairer le choix du salarié². Tenu d'exécuter loyalement son obligation de reclassement, nous ne saurions trop conseiller à l'employeur de délivrer un maximum d'informations sur les différents pays d'accueil et entités du groupe, et particulièrement sur les conditions de travail locales ou les répercussions de l'expatriation notamment en termes de protection sociale, pour que les salariés puissent prendre leur décision en toute connaissance de cause. De surcroît, la circulaire du 15 mars 2011 précise que cette lettre devra mentionner le délai de six jours imparti au salarié pour répondre, ainsi que le fait que le silence gardé à l'expiration de ce délai équivaut à un refus de recevoir des offres de reclassement à l'étranger³.

S'agissant du moment auquel l'employeur doit adresser ce formulaire au salarié menacé de licenciement, la circulaire du 15 mars 2011 énonce que l'envoi de cette lettre peut être groupé avec celui de la convocation à l'entretien préalable au licenciement, ou, lorsque cet entretien n'est pas obligatoire, à l'issue de la dernière réunion des représentants du personnel, une fois les critères de l'ordre des licenciements arrêtés⁴.

À compter de la réception du questionnaire, le salarié dispose de six jours pour faire connaître à l'employeur son souhait, ou son refus, de recevoir des offres de reclassement hors de nos frontières ainsi que les éventuelles restrictions apportées aux recherches de l'employeur. La brièveté du délai accordé au salarié pour réfléchir à une éventuelle mobilité internationale, ainsi qu'aux conditions auxquelles il accepterait cette mobilité, pourrait laisser

¹ Circ. DGT n° 03, 15 mars 2011, JCP S 2011, 1275.

² Circ. DGT n° 03, 15 mars 2011, préc.

³ Circ. DGT n° 03, 15 mars 2011, préc.

⁴ La combinaison de ces procédures soulèvera à n'en pas douter des difficultés : comment établir un plan de sauvegarde de l'emploi efficace sans connaître préalable les postes offerts à reclassement ?

penser que le législateur poursuit un autre but, d'autant plus que le silence du salarié à l'issue des six jours emporte refus d'un reclassement à l'étranger. En effet, il convient de ne pas se leurrer : la brièveté du délai et l'assimilation du silence du salarié au refus de recevoir des offres de reclassement à l'étranger devraient conduire à de multiples renoncements, loin d'être toutes désirées. Sans doute nombreux seront les salariés à ne pas se prononcer dans le délai qui leur est imparti faute de temps nécessaire pour réfléchir et concerter, le cas échéant, leur famille *a priori* intéressée par cette décision.

Si le but affiché par la loi de 2010 est d'endiguer les propositions de reclassement indécentes et de mettre fin aux prétendues condamnations d'entreprises pour ne pas les avoir formulées, la finalité réelle de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail semble toute autre : circonscrire les recherches de reclassement au territoire national. En effet, en assimilant le silence des salariés au refus de recevoir des offres de reclassement à l'étranger, le législateur semble parier sur le mutisme de l'immense majorité des salariés dispensant par là même les employeurs de rechercher des postes disponibles hors de France.

Lorsque le salarié répond favorablement au questionnaire relatif au reclassement à l'étranger en précisant les pays dans lesquels il souhaiterait travailler ainsi que les conditions auxquelles il est prêt à être reclassé à l'étranger, l'employeur n'est tenu de rechercher et de proposer que les postes correspondant à ces indications. Si aucun poste disponible ne concorde avec les souhaits du salarié, il l'en informe et se trouve dès lors dispensé de poursuivre sa recherche de postes à l'étranger. Il en va de même en cas de silence du salarié à l'issue du délai de six jours ou de refus exprimé dans ce délai.

En revanche, si des postes conformes aux souhaits du salarié sont disponibles au sein du groupe à l'étranger, l'employeur est tenu de les lui proposer. La circulaire du 15 mars 2011, heureusement dépourvue de portée normative, précise que l'employeur doit indiquer au salarié dans la lettre accompagnant le questionnaire que « *l'acceptation ultérieure d'une éventuelle offre de reclassement entraînera la rupture de l'ancien contrat* »¹. La formule laisse perplexe en ce qu'elle semble instaurer une rupture de plein droit du contrat de travail du salarié acceptant une offre de reclassement à l'étranger. De ce point de vue la circulaire démontre que le législateur n'a pas le monopole de l'absurdité juridique. On ne voit pas en quoi accepter un reclassement à l'étranger entraînerait forcément la rupture du contrat notamment lorsqu'il s'agit d'aller travailler dans un établissement de l'entreprise situé dans l'Union européenne par exemple. Surtout, s'il est prévu que le contrat est rompu, nulle

¹ Circ. DGT n° 03, 15 mars 2011, préc.

précision n'est apportée sur les modalités de cette rupture, ses conséquences, etc. Il convient d'attendre l'éclairage qu'apportera à n'en pas douter la Cour de cassation sur ce point, ainsi que sur les nombreuses questions que soulève l'article L. 1233-4-1 du Code du travail et notamment sur les sanctions qu'encourt l'employeur en cas de non-respect de cette procédure¹.

Ainsi, sous couvert d'endiguer le risque de propositions de reclassement à l'étranger indécentes, le législateur a en réalité souhaité conférer à l'obligation de reclassement un périmètre plus réaliste en censurant indirectement la jurisprudence qui l'étend par delà nos frontières. En effet, cette loi ne remet frontalement en cause ni la jurisprudence relative à l'aire des recherches de reclassement qui s'étend toujours hors de nos frontières, ni la condamnation des questionnaires de mobilité préalable toujours proscrits s'agissant du reclassement en France.

En toute hypothèse, tenu d'exécuter loyalement son obligation de reclassement l'employeur devra commencer par rechercher et proposer des emplois de reclassement situés dans l'établissement où travaillent les salariés menacés de licenciement, puis au niveau de l'entreprise avant de s'intéresser aux sociétés du groupe situées sur le territoire national ; la recherche d'emplois disponibles à l'étranger n'intervenant qu'en dernier recours à la stricte condition que les salariés aient émis le souhait de recevoir de telles propositions.

Le législateur de 2010 ne s'est pas contenté d'introduire des dispositions spécifiques au reclassement à l'étranger, il a également modifié l'article L. 1233-4 du Code du travail en introduisant, maladroitement, une exigence relative à la rémunération dont doivent être assortis les emplois que l'employeur est tenu de rechercher au titre du reclassement.

¹ Aucune sanction n'est prévue par le législateur qu'il s'agisse du non respect de la procédure ou de la méconnaissance des conditions relatives aux emplois formulées par le salarié. S'agissant du non-respect de la procédure, si l'employeur ne demande pas au salarié s'il accepte de recevoir des offres de reclassement à l'étranger, il semblerait logique qu'il ne puisse restreindre ses recherches au seul territoire national. Dans une telle hypothèse, il manquerait donc à son obligation de reclassement en ne proposant pas au salarié un poste disponible dans l'une des sociétés du groupe hors de nos frontières. Quant à la sanction du non-respect des prescriptions du salarié relatives aux postes de reclassement, si cela cause un préjudice au salarié l'employeur devra le réparer.

391. *Emploi salarié.* L'obligation de reclassement impose à l'employeur de rechercher toutes les solutions alternatives à la rupture du contrat de travail, étant précisé que « *seuls les emplois salariés doivent être proposés dans le cadre du reclassement* »¹. Il est donc tenu de recenser au niveau de l'entreprise ou des sociétés du groupe avec lesquelles une permutation du personnel est envisageable, l'ensemble des postes disponibles susceptibles d'être proposés aux salariés menacés de licenciement. Outre le fait d'être un emploi salarié, la première caractéristique de l'emploi proposé au titre d'un éventuel reclassement est d'être disponible.

392. *Emploi disponible.* La disponibilité de l'emploi implique en premier lieu l'existence d'un poste sur lequel pourrait être affecté le salarié menacé de licenciement. L'obligation de reclassement ne saurait en effet avoir pour objet la création d'un « emploi artificiel sans aucune utilité pratique » pour l'entreprise². Il serait en effet absurde d'exiger du chef d'une entreprise qui, par hypothèse, connaît des difficultés économiques ou est l'objet d'une restructuration afin de remédier à la menace pesant sur sa compétitivité, de créer un emploi de toutes pièces ne répondant à aucun besoin de l'entreprise. L'obligation de reclassement ne constitue pas pour le salarié une garantie de maintien dans l'emploi ; elle oblige simplement l'employeur à mettre en œuvre tous les efforts susceptibles d'éviter le prononcé du licenciement. Cette nécessité d'un « emploi correspondant à un besoin de l'entreprise » conduit la jurisprudence à décider que lorsqu'« *avant et après les licenciements, de manière systématique, l'employeur [a] recouru à des travailleurs intérimaires pour un nombre d'heures correspondant à l'emploi de plusieurs salariés, [il en résulte] que des postes étaient disponibles et que l'employeur [n'a pas] satisfait (...) à son obligation de reclassement* »³. L'employeur doit donc proposer au titre du reclassement tous les emplois disponibles, quand bien même seraient-ils précaires⁴.

¹ Cass. soc., 31 mars 2009, Bull. civ. V, n° 95.

² J. MATTEOLI, alors Ministre du travail, à propos du reclassement des salariés inaptes suite à la réalisation d'un risque professionnel, JO Débats AN, 27 nov. 1980, p. 4394.

³ Cass. soc., 1^{er} mars 2000, Bull. civ. V, n° 82 ; Cass. soc., 5 déc. 2006, n° 04-48.800, inédit.

⁴ Ainsi, méconnaît son obligation de reclassement l'employeur qui, immédiatement après le licenciement pour motif économique d'un salarié, pourvoit « *plusieurs postes de travail que [ce dernier] aurait été apte à occuper par voie de contrat à durée déterminée, sans les lui avoir proposés dans le cadre de son obligation de reclassement (...) peu important qu'il se soit agi d'emplois correspondant à un surcroît temporaire d'activité* », Cass. soc., 29 janv. 2002, n° 00-41.885, inédit. Sur cette question V. E. PETKOVA, « Obligation de reclassement : le reclassement temporaire doit-il être recherché ? », JCP E 2009, 1357.

De surcroît, l'exigence de disponibilité de l'emploi implique fort logiquement que le reclassement d'un salarié, serait-il un salarié protégé, ne puisse entraîner l'éviction d'un autre membre du personnel¹. Ainsi, l'employeur ne peut être tenu d'imposer à un autre salarié une modification de son contrat de travail² ou de lui proposer une mesure de pré-retraite³ à l'effet de libérer son poste pour le proposer en reclassement à un salarié.

393. Par ailleurs, si de longue date la Cour de cassation estimait que « *les emplois temporairement vacants par la suite de l'indisponibilité de leurs titulaires ne sont pas disponibles* »⁴, il semble qu'elle a récemment procédé à un revirement de jurisprudence dans un arrêt inédit relatif au reclassement d'un salarié inapte⁵, revirement qui, s'il était confirmé, ne peut qu'être approuvé. En effet, au regard de la finalité de l'obligation de reclassement, il était relativement critiquable que la jurisprudence estime que l'emploi d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu et pour lequel l'employeur envisage de recruter un salarié en contrat à durée déterminée afin de remplacer son titulaire absent, ne constitue pas un emploi disponible que l'employeur est tenu de proposer au titre de son obligation de reclassement⁶. Cette position semblait fondée sur l'assimilation par la Cour de cassation entre *disponibilité* et *vacance* de l'emploi, sans doute du fait de la rédaction de l'article L. 1233-4 du Code du travail qui fait référence à un *emploi* et non à un *poste* disponible, expliquant ainsi qu'elle décide d'exclure des recherches que l'employeur doit effectuer au titre du reclassement les emplois donnant lieu à la conclusion d'un contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié absent, et ce quels que soient le motif et la durée de la suspension du contrat du salarié absent. Ce n'était en effet pas le caractère temporaire de l'emploi qui fondait son indisponibilité au titre du reclassement, puisque la Cour de cassation considérait, et considère toujours, que pour satisfaire à son obligation de reclassement l'employeur est tenu de proposer un contrat de travail à durée déterminée pour surcroît temporaire d'activité au salarié menacé de licenciement pour motif économique⁷.

¹ CE, 27 juin 1979, Rec. Lebon 1979, p. 288 ; CA Rouen, 5 déc. 1995, RJS 4/96, n° 391.

² Cass. soc., 15 nov. 2006, Bull. civ. V, n° 339 ; RDT 2007, p. 96, note J.-Y. FROUIN.

³ Cass. soc., 28 nov. 2000, RJS 2/01, n° 227.

⁴ Cass. soc., 27 nov. 1997, RJS 2/98, n° 193 ; Cass. soc., 12 déc. 1995, Dr. soc. 1996, p. 200, obs. F. FAVENNEC ; JCP E 1996, II, n° 811, note D. CORRIGNAN-CARSIN (relatif à la priorité de réembauche).

⁵ Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-24.456, inédit.

⁶ Ainsi n'est pas disponible le poste d'un salarié en congé annuel n'est pas disponible (Cass. soc., 17 juin 1992, Bull. civ. V, n° 404 ; JCP 1993, II, 22076, note D. CORRIGNAN-CARSIN.), pas plus que celui d'un salarié en arrêt de travail pour maladie (Cass. soc., 12 déc. 1995, Bull. civ. V, n° 343 ; Dr. soc. 1996, p. 200, obs. F. FAVENNEC) ou en congé maternité (Cass. soc., 26 nov. 1997, préc.).

⁷ Cass. soc., 29 janv. 2002, préc.

Au regard de la philosophie qui innerve le droit au reclassement dont la finalité est d'imposer à l'employeur de rechercher toutes les alternatives à la rupture du lien contractuel, le revirement opéré dans l'arrêt du 5 mars 2014 ne peut qu'être approuvé¹. Dans cet arrêt, la Cour de cassation censure une Cour d'appel pour avoir estimé que « *l'absence d'une salariée en congé de maternité n'ouvrait pas un poste disponible mais simplement un remplacement* » en ce que « *le caractère temporaire d'un poste [n'interdit] pas de proposer celui-ci en reclassement* »². Cette solution ne peut qu'emporter l'adhésion et semble de surcroît vraisemblablement transposable en matière de licenciement pour motif économique.

On ne peut que se féliciter que la Cour de cassation ait abandonné, certes dans un arrêt inédit dont il ne faut sans doute pas exagérer la portée, son interprétation littérale de l'article L. 1233-4 du Code du travail pour admettre qu'un emploi est disponible dès lors qu'il est inoccupé, de manière temporaire ou définitive, et ce quelle qu'en soit la cause. En effet, eu égard à la finalité de l'obligation de reclassement, qui constitue une alternative au licenciement, il semble opportun qu'un employeur, lorsqu'il envisage de recruter un salarié en contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié absent, soit tenu de le proposer au titre du reclassement, et ce d'autant plus que certaines périodes de suspension telles que les congés parentaux, les congés de longue maladie, les congés de formation, etc. peuvent durer plusieurs mois. De surcroît, la position antérieure de la Cour de cassation sur l'indisponibilité de l'emploi dont le titulaire est temporairement absent s'accordait mal avec le fait qu'elle impose à l'employeur de proposer au titre du reclassement des emplois précaires. Pourquoi l'employeur devrait-il proposer à un salarié menacé de licenciement pour motif économique un contrat à durée déterminée pour surcroît d'activité ou commande exceptionnelle à l'exportation et serait en revanche dispensé d'une telle proposition en cas de remplacement d'un salarié absent³ ? Il semble qu'au regard de l'objectif poursuivi par le législateur il est

¹ Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-24.456, inédit.

² au visa de l'article L. 1226-2 du Code du travail, relatif au reclassement du salarié inapte, ; Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-24.456, inédit.

³ Il convient d'indiquer que l'interdiction de recourir au CDD après le prononcé d'un licenciement pour motif économique prévue à l'article L. 1242-5 du Code du travail a un champ d'application relativement circonscrit. Ainsi, elle ne concerne que les CDD conclus au titre d'un accroissement temporaire d'activité dans les six mois suivant le prononcé d'un licenciement pour motif économique. Rien n'interdit dès lors à l'employeur de conclure un CDD de remplacement, un CDD d'usage ou encore un CDD saisonnier. Par ailleurs, sont seuls prohibés les CDD destinés à pourvoir un poste concerné par le licenciement dans l'établissement ; l'employeur a en revanche tout loisir de conclure un CDD pour surcroît d'activité dans un autre établissement de l'entreprise dans lequel n'a pas été prononcé de licenciement pour motif économique dans les six mois précédents. En outre, cette interdiction ne concerne pas les CDD insusceptibles de renouvellement dont la durée est inférieure à trois mois, ni ceux qui, bien que conclus dans une certaine mesure au motif d'un surcroît temporaire d'activité, sont indispensables pour faire face à une commande exceptionnelle à l'exportation. Toutefois, dans cette dernière hypothèse (*et seulement dans celle-ci puisque la rédaction du texte a été rectifiée par la Commission de recodification réservant l'obligation procédurale à la seule hypothèse du recours au CDD pour répondre à une commande exceptionnelle à l'exportation*), l'employeur devra au préalable informer et consulter les représentants du personnel avant tout recrutement en CDD.

illogique de paralyser le reclassement pour les contrats de remplacement. Certes, l'emploi n'est pas juridiquement disponible, mais dès lors que le titulaire de l'emploi est temporairement absent et qu'il faut procéder à son remplacement, il n'est pas incongru d'admettre l'application de l'obligation de reclassement dans une telle hypothèse. De ce point de vue, on ne peut que saluer l'éventuel revirement effectué dans l'arrêt du 5 mars 2014, revirement qui espérons-le sera confirmé en matière de licenciement pour motif économique, dans un arrêt publié au Bulletin.

Enfin, il convient d'indiquer que *« l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur, fût-il en liquidation judiciaire, de rechercher tous les emplois disponibles dans l'entreprise ou parmi les entreprises appartenant au même groupe, dans lesquelles une permutation est possible, trouve sa limite dans la cessation d'activité de l'entreprise qui n'appartient pas à un groupe »*, puisque cette cessation d'activité caractérise l'absence d'emploi disponible¹.

394. Subsidiarité des emplois à proposer. Une fois les postes disponibles identifiés, l'employeur doit dans un premier temps proposer aux salariés menacés de licenciement des emplois aussi comparables que possible à celui qu'ils occupent. L'article L. 1233-4, alinéa 2, du Code du travail dispose ainsi que *« Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. À défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure »*. Il appartient donc à l'employeur de rechercher en premier lieu des emplois de même catégorie c'est-à-dire d'un niveau hiérarchique identique permettant aux salariés *« de remplir des fonctions analogues ou voisines, avec de très faibles variantes dans l'exécution du labeur »*². Ce n'est que faute d'emploi disponible n'impliquant pas de modification du contrat du salarié que l'employeur devra élargir ses investigations aux emplois équivalents impliquant un niveau de qualification identique, des conditions d'exécution du travail comparables, mais des fonctions et des tâches distinctes du précédent.

395. La loi du 18 mai 2010, soucieuse de lutter contre des propositions de reclassement jugées indécentes, a maladroitement ajouté à l'article L. 1233-4 du Code du

¹ Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.795, Rev. pro. coll. 2011, n° 2, comm.. 59, note F. TAQUET ; cet arrêt est inédit il convient dès lors de ne pas en exagérer la portée.

² F. HÉAS, thèse préc., p. 130.

travail une incise prévoyant que les emplois équivalents doivent être « assortis d'une rémunération équivalente »¹. Non seulement le législateur a choisi l'expression relativement vague de « rémunération équivalente », semblant exclure par là-même la possibilité pour l'employeur de proposer une rémunération supérieure, ce qui serait insensé², mais il n'a en outre aucunement déterminé de rémunération plancher. Surtout, en situant cette incise après la référence à l'emploi équivalent, le texte paraît limiter l'exigence de rémunération équivalente aux seuls emplois équivalents pour lesquels cette référence semble superfétatoire, laissant ainsi penser qu'est exclue l'obligation d'assortir d'une rémunération équivalente les propositions de reclassement sur des emplois de catégorie inférieure, ou sur des emplois situés à l'étranger, auxquels pourtant cette exigence semblait dédiée. Ainsi, alors même que cette loi vise à endiguer les propositions de reclassement jugées indécentes, elle autorise toujours l'employeur à proposer des postes de catégorie inférieure ou des emplois situés à l'étranger assortis d'une rémunération inférieure. On ne peut qu'une fois encore regretter, comme le souligne, Christophe RADÉ qu'aucune « expertise juridique sérieuse [n'ait] été réalisée sur ce texte »³.

En tout état de cause, l'employeur est tenu lors de l'exécution de son obligation de reclassement de respecter la hiérarchie de l'article L. 1233-4 du Code du travail relative aux emplois proposés. Il lui appartient donc de rechercher en premier lieu des postes de reclassement de même catégorie que celui occupé par le salarié menacé de licenciement. En l'absence de tels emplois, il devra étendre ses investigations aux emplois équivalents assortis d'une rémunération équivalente. Ce n'est qu'à défaut de tels postes qu'il élargira ses recherches aux postes de catégorie inférieure qui ne constituent qu'un pis aller. Ainsi, un employeur qui proposerait uniquement au salarié menacé de licenciement des postes de catégorie inférieure sans être à même de démontrer l'impossibilité de le reclasser sur un emploi de même catégorie ou équivalent serait sanctionné pour avoir exécuté déloyalement son obligation de reclassement⁴.

396. Par ailleurs, bien que l'article L. 1233-4 du Code du travail n'évoque pas le reclassement sur des postes de catégorie supérieure, si le salarié est susceptible d'occuper de tels emplois, l'employeur est tenu de les lui proposer au besoin en assurant son adaptation. En

¹ Loi n° 2010-499, du 18 mai 2010, préc.

² En ce sens, C. RADÉ, art. préc.

³ En ce sens, C. RADÉ, art. préc.

⁴ Cass. soc., 27 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 458 ; Cass. soc., 12 juil. 2006, RJS 10/06, n° 1045.

effet, pour mémoire, lorsqu'une courte formation offre au salarié la possibilité d'occuper un emploi disponible, fut-il de catégorie supérieure, l'employeur doit le lui proposer en lui permettant de bénéficier de la formation nécessaire pour qu'il soit apte à répondre aux exigences du poste de reclassement. Certes, on ne saurait exiger de l'employeur qu'il délivre au salarié une formation qualifiante¹. Cependant, si une formation de courte durée peut lui permettre d'occuper un poste disponible et ainsi éviter son licenciement, l'employeur est tenu d'assurer son adaptation au poste en lui offrant la possibilité de suivre cette formation. À défaut, il n'aura pas exécuté loyalement son obligation de reclassement².

À ce titre, ce n'est pas uniquement en termes de formation qu'il convient d'entendre l'obligation d'adaptation. Ainsi, tenu d'exécuter de bonne foi son obligation de reclassement, l'employeur doit proposer au salarié des postes accessibles ou rendus accessibles par des mesures d'accompagnement telles qu'une adaptation des horaires de travail pour que le salarié puisse occuper l'emploi qui lui est proposé³. Non seulement l'employeur doit rechercher des emplois impliquant une éventuelle adaptation du salarié, mais il doit également lui proposer des postes qui impliqueraient une modification de son contrat.

397. *Droit à modification.* Contraint de mettre en œuvre loyalement son obligation de reclassement impliquant la recherche de toutes les alternatives au licenciement, si une modification du contrat du salarié est susceptible de permettre son maintien dans l'emploi, l'employeur est tenu de la proposer au salarié. La recherche de postes disponibles au niveau de l'entreprise ou du groupe peut ainsi conduire l'employeur à proposer au salarié un emploi impliquant une réduction du temps de travail, une qualification différente, une exécution du contrat dans un autre secteur géographique, etc. L'employeur qui se contenterait de rechercher un reclassement dans un emploi strictement identique à celui occupé précédemment par le salarié, sans envisager la moindre modification du contrat, méconnaîtrait donc son obligation de reclassement. Selon certains auteurs, le salarié bénéficie d'un véritable droit à la modification de son contrat de travail dans le cadre de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique, en ce que si « la modification du contrat de travail est le seul moyen permettant d'assurer le reclassement du salarié elle s'impose à l'employeur »⁴.

¹ V. not. Cass. soc., 11 janv. 2000, préc.

² Cass. soc., 28 mai 2008, JCP E 2008, 2032, obs. S. BEAL et A.-L. DODET ; JS Lamy 2008, n° 237, p. 15, obs. M.-C. HALLER.

³ Cass. soc., 29 mai 2002, RJS 8-9/02, n° 956.

⁴ F. HEAS, thèse préc. P. 133.

Contraint de proposer cette modification, l'employeur n'est en revanche aucunement tenu de respecter les dispositions de l'article L. 1222-6 du Code du travail qui ne s'appliquent pas aux modifications proposées dans le cadre de l'obligation de reclassement¹. Si le délai de réflexion d'un mois ou de quinze jours en cas de procédure collective prévu par ce texte n'a pas vocation à s'appliquer aux propositions de modifications formulées dans le cadre de l'obligation de reclassement, l'employeur est tenu de laisser aux salariés un délai raisonnable pour se prononcer sur cette proposition². La Cour de cassation a ainsi approuvé une Cour d'appel qui, « *après avoir relevé que les offres de reclassement transmises au salarié engageaient son avenir professionnel et financier et que celui-ci n'avait pas été informé de la possibilité de prolonger le délai de réflexion, a [considéré] que le délai de quatre jours francs dont il disposait pour prendre position était manifestement insuffisant* »³. De même, l'employeur ne respecte pas son obligation de reclassement s'il procède au licenciement des salariés sans attendre le terme du délai qu'il leur a imparti pour accepter ou refuser le reclassement⁴.

398. Droit au refus. Si l'article L. 1233-4 du Code du travail ne mentionne pas la nécessité de l'accord exprès du salarié que pour un reclassement sur un emploi de catégorie inférieure, dès lors que l'offre de reclassement implique une modification de son contrat son accord est requis en application de l'article 1134 du Code civil. En effet, le salarié est toujours en droit de refuser une modification de son contrat de travail, à la différence d'un simple changement de ses conditions de travail, quand bien même résulterait-elle d'une proposition de reclassement⁵. Le Conseil d'État estime ainsi en matière de reclassement que « *le refus, par un salarié protégé dont le licenciement économique est envisagé, d'une offre de reclassement sur un emploi comparable à celui qu'il occupait, ne saurait être constitutif d'une faute disciplinaire, ni par conséquent, ôter au licenciement envisagé son caractère économique* »⁶. La référence expresse à « *un emploi comparable* » semble implicitement désigner une offre de reclassement n'impliquant qu'un simple changement des conditions de travail dont le refus

¹ Cass. soc., 13 avr. 1999, D. 1999, IR 129 ; RJS 1999, n° 793 ; Dr. soc. 1999, p. 639, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc., 17 mai 2006, RDT 2006, p. 100, obs. P. WAQUET.

² En application du principe d'exécution des contrats de bonne foi, art. L. 1221-1 C. trav. et 1134 C. civ.

³ Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 12-18.404, inédit.

⁴ Cass. soc., 24 avr. 2003, RJS 03, n° 859 ; de même méconnaît son obligation de reclassement l'employeur qui, avant l'expiration du délai imparti au salarié pour se prononcer sur les offres de reclassement, recrute un salarié extérieur sur l'un de ces postes, Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-42.236, inédit.

⁵ Cass. soc., 29 janv. 2003, Bull. civ. V, n° 28.

⁶ CE, 7 déc. 2009, n° 314019, JCP E 2010, 1125, obs. F. DUQUESNE.

peut être fautif dès lors que le changement ne compromet pas l'exercice du mandat¹. Cet arrêt du Conseil d'État laisse donc à penser que le salarié protégé serait en droit de refuser une offre de reclassement y compris lorsqu'elle n'entraîne qu'un simple changement des conditions de travail du salarié protégé. Il convient toutefois d'attendre une décision plus explicite du Conseil d'État sur ce point pour s'en assurer, dans la mesure où comme nous l'avons vu la position de la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative sur le refus par un salarié protégé d'un changement de ses conditions de travail mérite d'être clarifiée.

399. Quant aux salariés « ordinaires », il semblerait à l'inverse qu'en présence d'une offre de reclassement induisant un simple changement de leurs conditions de travail, ils soient tenus de l'accepter ; leur refus, sauf motif légitime, étant susceptible d'être abusif². En tout état de cause, lorsque la proposition de reclassement induit une modification de son contrat, le salarié est en droit de la refuser, ce refus n'impliquant pas à lui seul le respect par l'employeur de son obligation de reclassement³.

400. Reclassement induisant un changement d'employeur : cession du contrat. Une proposition de reclassement peut impliquer au-delà d'une simple modification du contrat du salarié un changement d'employeur lorsque l'offre porte sur un emploi disponible dans une autre société du groupe. L'acceptation par le salarié de l'offre de reclassement induit donc un changement d'employeur qualifié, à tort selon nous, de novation par la Cour de cassation⁴. La novation implique l'extinction du contrat initial et la conclusion d'un nouveau contrat avec la société du groupe dans laquelle se trouve l'emploi de reclassement, ce qui induit la perte

¹ CE, 27 juin 1997, n° 163522, inédit ; CE, 14 nov. 2008 ; CE, 7 déc. 2009, n° 301263 ; Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-43.166, inédit ; sur la jurisprudence relative au refus par un salarié protégé d'un changement de ses conditions de travail et ses contradictions.

² Interprétation *a contrario* d'un arrêt de la Cour de cassation relatif au reclassement d'un salarié inapte, mais dont la solution semble transposable au salarié menacé de licenciement pour motif économique, dans lequel elle affirme « **le poste de reclassement offert par l'employeur emportant modification du contrat de travail du salarié dès lors qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel alors qu'il avait toujours occupé un emploi à temps plein, la cour d'appel en a exactement déduit que le salarié avait droit, d'une part, à l'indemnité prévue à l'article L. 1226-15 du Code du travail et, d'autre part, au versement de l'indemnité spéciale de licenciement, son refus ne pouvant être abusif** », Cass. soc., 30 nov. 2010, Bull. civ. V, n° 271 ; JCP S 2011, 1440, comm. A. BAREGE.

³ Cass. soc., 30 nov. 2010, préc.

⁴ La Cour de cassation affirme ainsi que le changement d'employeur intervenant dans le cadre d'un transfert d'entreprise non justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail « *constitue une novation du contrat de travail [qui] ne peut, sauf dispositions législatives contraíres, résulter que d'une acceptation expresse du salarié* » (Cass. soc., 8 avr. 2009, Dr. soc. 2009, p. 817 ; A. MAZEAUD, « L'accord du salarié au transfert de son contrat en cas d'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail », Dr. soc. 2009, p. 813 ; A. CHIREZ, « Le changement « volontaire » d'employeur : une novation exigeant l'acceptation expresse du salarié en cours de contrat », Dr. ouv. 2010, p. 17.) ; sur les raisons pour lesquelles nous ne partageons pas le point de vue de la Cour de cassation.

pour le salarié du bénéfice des avantages contenus dans son contrat initial et particulièrement de ceux relatifs à son ancienneté. C'est pourquoi, en cas d'acceptation d'un poste de reclassement situé dans une autre société du groupe, la technique de la cession de contrat nous semble plus appropriée. En effet, cette dernière présuppose l'accord du salarié (nécessaire en tout état de cause), celui de l'employeur initial et de l'autre société du groupe cette dernière n'étant pas tenue par principe de reclasser les salariés d'une autre entreprise. La cession de contrat, impliquant la poursuite du même contrat avec le nouvel employeur, devrait permettre aux salariés reclassés de conserver leur ancienneté et avec elle un certain nombre d'avantages contractuels. En tout état de cause, un tel reclassement ne saurait avoir lieu sans l'accord conjoint du salarié et de la société du groupe libre de choisir ses collaborateurs.

Non seulement la jurisprudence a défini les catégories d'emplois qu'il appartenait à l'employeur de rechercher ainsi que le périmètre dans lequel il est tenu de procéder à ses investigations, mais de surcroît elle lui impose de proposer aux salariés menacés de licenciement des offres précises et personnalisées, offres que l'employeur doit formuler par écrit en application de l'article L. 1233-4 du Code du travail.

C - Des offres précises et personnalisées, formulées par écrit

401. L'employeur doit rechercher activement et sérieusement des alternatives au licenciement pour motif économique qui n'est que l'ultime remède. Il se doit d'exécuter loyalement son obligation de reclassement, ce qui suppose non seulement de procéder à de véritables investigations afin de pouvoir offrir aux salariés un maximum de chances de conserver un emploi, mais aussi de leur adresser des « *offres de reclassement précises, concrètes et personnalisées* »¹. L'employeur ne peut dès lors se contenter d'envoyer leur *curriculum vitae* à un cabinet de recrutement², ni de transmettre aux sociétés du groupe un courrier circulaire omettant de faire état de l'ancienneté et de la polyvalence du salarié³. Une

¹ Cass. soc., 7 juil. 2004, RJS 2004, n° 1017 ; Cass. soc., 18 janv. 2005, RJS 2005, n° 259 ; Cass. soc., 29 juin 2005, RJS 10/05, n° 965.

² Cass. soc., 18 juin 2003, n° 00-46.262, CSBP 2003, n° 153.

³ Cass. soc., 10 fév. 2010, n° 08-45.267, inédit ; Cass. soc., 8 déc. 2010, Rev. proc. coll. 2011, n° 2, comm. 60, note F. TAQUET ; Cass. soc., 13 fév. 2008, n° 06-44.984, inédit ; Cass. soc., 10 fév. 2010, inédit, dans lequel la Cour de cassation estime « *qu'en transmettant aux établissements du groupe, d'envergure nationale, un courrier circulaire omettant de faire état de l'ancienneté véritable et de la polyvalence de la salariée l'employeur ne les pas mis en mesure de répondre valablement à la demande de reclassement* » et dès lors approuve la Cour d'appel d'avoir déclaré sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié faute par l'employeur d'avoir satisfait à son obligation de reclassement.

recherche effective de postes de reclassement suppose en effet de fournir aux sociétés du groupe les renseignements indispensables au recrutement éventuel du salarié¹. Satisfait ainsi à son obligation de reclassement l'employeur qui adresse « *tant auprès des sociétés françaises du groupe que de celles situées à l'étranger, des correspondances circonstanciées et précises les informant de la procédure de licenciements économiques en les invitant à lui communiquer la liste des postes à pourvoir accompagnée de leur descriptif détaillé* »², et qui indique dans ces courriers les profils des salariés menacés de licenciement pour motif économique afin que les entreprises du groupe puissent utilement lui répondre³.

402. Par ailleurs, contraint de formuler des offres personnalisées, l'employeur ne saurait se borner à diffuser une liste des emplois disponibles dans le groupe⁴ ou à renvoyer à celle annexée au plan de sauvegarde de l'emploi⁵. On ne peut qu'approuver que l'employeur soit sanctionné dans de telles hypothèses puisqu'en se limitant à afficher les postes disponibles ou à inviter les salariés à contacter les sociétés du groupe, quand bien même aurait-il la délicatesse d'en donner les adresses⁶, l'employeur transfère en réalité la charge de l'obligation de reclassement sur les salariés contraints de rechercher eux-mêmes les alternatives à leur licenciement en candidatant aux emplois disponibles.

Par conséquent, ne constitue pas une offre de reclassement personnalisée l'envoi d'une liste de postes à pourvoir ouverts à l'ensemble des salariés de l'entreprise, étant précisé que l'employeur ne peut remplacer la formulation d'offres personnalisées par l'organisation d'un entretien individuel ne débouchant pas sur une proposition écrite, précise, concrète et personnalisée⁷. De même, lorsque l'employeur est tenu de saisir une commission territoriale de l'emploi en application de dispositions conventionnelles, il lui appartient de proposer au salarié de manière écrite, précise et personnalisée, les offres de reclassement qui lui ont été

¹ A ce titre, dans la mesure où « *le profil du salarié était connu de chacun des associés de la société liquidée et que l'employeur justifiait de l'envoi à chacun d'eux d'une lettre précisant les modalités de reclassement du salarié, la cour d'appel a pu en déduire que l'employeur avait satisfait à son obligation de reclassement* », Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-11.628, inédit.

² Cass. soc., 24 sept. 2013, n° 11-26.666, inédit.

³ Ainsi, « *la recherche préalable d'un reclassement devant être sérieuse et active, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur s'était borné à envoyer aux autres sociétés du groupe une lettre impersonnelle et générale ne comportant aucune précision sur les aptitudes et les qualifications des salariés concernés, a pu en déduire qu'il n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement* », Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-14.610, inédit.

⁴ Cass. soc., 26 sept. 2006, RJS 11/06, n° 1166 ; Cass. soc., 8 avr. 2009, Bull. civ. V, n° 107.

⁵ Cass. soc., 6 juil. 1999, Bull. civ. V, n° 333 ; Cass. soc., 7 déc. 2005, RJS 3/06, n° 324.

⁶ Cass. soc., 12 mars 2003, n° 00-46.700, inédit.

⁷ Cass. soc. 9 avr. 2014, n° 13-13.360, inédit.

transmises par l'intermédiaire de la commission compétente, après avoir vérifié que ces offres sont en rapport avec les compétences et les capacités du salarié. De ce point de vue, méconnaît l'obligation de reclassement l'employeur qui, ayant reçu plusieurs propositions d'emploi d'une entreprise du secteur, s'est borné à les transmettre par courrier électronique au salarié sans vérifier l'adéquation entre les postes proposés par d'autres entreprises et les compétences du salarié et sans même adresser une offre de reclassement précise¹. L'employeur est donc tenu de procéder à un examen individuel des possibilités de reclassement afin de pouvoir faire au salarié des offres « *personnalisées de reclassement adaptées à ses compétences et ses capacités* »².

403. Faculté de proposer le même emploi à plusieurs salariés. L'exigence d'individualisation des offres a soulevé la question de la faculté pour l'employeur d'adresser simultanément à plusieurs salariés les mêmes propositions de reclassement. Lors d'une restructuration, il est en effet relativement courant que plusieurs salariés relevant de la même catégorie professionnelle soient concernés par un projet de licenciement. Dans une telle hypothèse, l'employeur peut-il leur proposer les mêmes postes de reclassement sans manquer à son obligation de formuler des offres personnalisées ? Conseil d'État et Cour de cassation estiment que si l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique implique la proposition par l'employeur d'offres de reclassement personnalisées, elle n'exclut pas en revanche la possibilité de les proposer simultanément à plusieurs salariés³. Cette position ne peut qu'être approuvée en ce que retenir la solution inverse aurait abouti à une complexification particulièrement malvenue du processus de reclassement en obligeant l'employeur à établir l'ordre selon lequel les propositions de reclassement devraient être faites et à attendre le refus du premier salarié pour pouvoir faire les offres au second, etc. Elaborer un « ordre des reclassements » placerait ainsi les salariés menacés de licenciement dans une situation encore plus inconfortable⁴ et contribuerait à l'allongement considérable des délais de reclassement ce qui se révélerait de surcroît nuisible pour l'entreprise⁵.

¹ Cass. soc., 18 fév. 2014, n° 12-18.029, préc.

² Cass. soc., 13 juil. 2010, Rev. proc. coll. 2010, n° 5, comm. 189, note F. TAQUET.

³ CE, 9 avr. 2008, JCP E 2008, 2149, note I. AYACHE-REVAH et S. LANGOT ; Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 10-30.571 et 10-30.572, inédit.

⁴ Certains salariés risqueraient en effet de ne se voir proposer aucune offre de reclassement, s'ils arrivent « en queue » de liste de l'ordre des reclassements.

⁵ En effet, lorsqu'une restructuration consistant à prononcer des licenciements pour motif économique est projetée, le plus souvent des impératifs de célérité s'imposent pour que celle-ci soit à même de remédier aux difficultés économiques connues par l'entreprise ou de sauvegarder sa compétitivité.

Si l'employeur peut proposer le même poste de reclassement à plusieurs salariés, il est tenu d'exécuter loyalement son obligation de reclassement ce qui n'est pas le cas lorsqu'il offre au reclassement le même emploi à deux salariés mais assorti d'une rémunération différente¹.

404. Concours de salariés sur un emploi disponible au reclassement. Si l'employeur a la faculté de proposer le même emploi de reclassement à une pluralité de salariés, encore faut-il déterminer comment choisir celui qui sera effectivement reclassé sur ce poste en cas d'acceptation de la proposition par plusieurs d'entre eux. On a pu suggérer d'appliquer les critères de l'ordre des licenciements au commencement du processus de recherche et de proposition de reclassement². Toutefois cette conception relativement large de l'ordre des licenciements n'a pas été retenue par la Cour de cassation qui affirme que « *l'ordre des licenciements n'est dressé qu'au moment où les licenciements, (...), sont décidés et mis en œuvre* »³, excluant dès lors son établissement lors de l'exécution de l'obligation de reclassement, moment où les ruptures ne sont qu'envisagées.

S'agissant de la détermination de celui qui doit être reclassé en cas de concours de salariés sur un même poste de reclassement, la jurisprudence ne s'est prononcée qu'en présence de circonstances particulières. Ainsi, « *lorsqu'une procédure de licenciement pour motif économique est engagée simultanément dans plusieurs entreprises d'un même groupe, si des salariés d'entreprises différentes se trouvent en concurrence sur des postes de reclassement disponibles dans l'une ou l'autre entreprise du groupe, priorité est donnée, à qualification comparable, aux salariés de l'entreprise au sein de laquelle des postes se trouvent disponibles* »⁴. La Cour de cassation pose, donc dans une telle hypothèse, « un principe de proximité »⁵ pour opérer un choix entre les différents candidats menacés de licenciement. Par ailleurs, lorsqu'une priorité dans l'attribution des postes de reclassement est accordée par le plan de sauvegarde de l'emploi, elle décide que celle-ci doit, sauf impossibilité, être respectée par l'employeur⁶.

¹ En l'espèce, l'un des salariés s'il acceptait le poste de reclassement se voyait offrir une rémunération de 6 833 euros mensuels, quand l'autre se voyait pour sa part proposer 7 600 euros mensuels pour le même emploi. Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-14.635, inédit.

² H.-J. LEGRAND, « L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi », Dr. soc. 1995, p. 243.

³ Cass. soc., 7 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 404 ; Dr. soc. 1998, p. 1049, obs. P.-Y. VERKINDT ; Cass. soc., 3 déc. 1996, Dr. soc. 1997, p. 105, obs. J. SAVATIER ; JCP 1997, II, 22786, note F. DUQUESNE.

⁴ Cass. soc., 11 déc. 2001, Bull. civ. V, n° 379 ; Dr. soc. 2002, p. 222, obs. G. COUTURIER ; RJS 2002, n° 155.

⁵ G. COUTURIER, obs. préc.

⁶ Cass. soc., 14 janv. 2004, Bull. civ. V, n° 11.

En dehors de ces situations spécifiques, la Cour de cassation n'a pas dégagé de règle relative à la concurrence de salariés sur un même poste de reclassement. Il semble toutefois que l'on puisse raisonner par analogie avec sa position relative au concours de salariés bénéficiaires d'une priorité de réembauche, hypothèse dans laquelle elle affirme que l'employeur « *n'a pas à suivre un ordre déterminé et peut choisir ses collaborateurs en fonction de l'intérêt de l'entreprise, sauf à communiquer au juge, en cas de contestation du salarié, les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix* »¹. Ainsi, en cas de concours entre salariés de la même entreprise sur un poste de reclassement et en l'absence de prévision du plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur devrait être libre de choisir le salarié reclassé en fonction de ses compétences, de ses qualités professionnelles dès lors que ce choix est conforme à l'intérêt de l'entreprise et exempt de toute considération discriminatoire.

L'exigence d'individualisation des recherches de reclassement ne fait donc pas obstacle à ce que l'employeur propose à plusieurs salariés le même poste de reclassement, proposition qui doit être conforme aux dispositions de l'article L. 1233-4, *in fine*, du Code du travail imposant que les offres de reclassement soient écrites et précises².

405. Exigence d'offres écrites et précises. Si la condition de précision des offres était déjà dégagée par la jurisprudence, celle de la formulation par écrit est issue de la loi de modernisation sociale³. Le législateur de 2002 en consacrant l'exigence de précision et en contraignant l'employeur au respect d'un formalisme, a renforcé l'effectivité de l'obligation de reclassement. Subordonner l'exécution correcte de l'obligation de reclassement à une formulation précise des offres assure en effet leur individualisation et met en exergue la distinction entre cette obligation et l'exigence relative à l'intégration d'un plan de reclassement dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Surtout, cela contribue à l'efficacité de l'obligation de reclassement préalable de licenciement pour motif économique puisqu'une formulation précise des offres de reclassement implique une information claire sur l'emploi proposé. L'employeur doit donc indiquer au salarié les principales caractéristiques de l'emploi : tâches à accomplir, qualification requise, lieu d'exécution du travail, rémunération

¹ Cass. soc., 2 déc. 1998, Bull. civ. V, n° 531 ; D. 1999, p. 175, note P. FADHEUILHE ; sur la priorité de réembauche.

² Exigence reprise de manière superflète par l'article L. 1233-4-1 du Code du travail à propos du reclassement à l'étranger.

³ Loi du 17 janv. 2002, préc.

afférente, ainsi que l'éventuel bénéfice d'une formation pour assurer son adaptation au poste¹. Cette exigence de précision conditionne l'effectivité de l'obligation de reclassement dans la mesure où ce n'est qu'en disposant d'informations précises sur les emplois proposés que les salariés peuvent être véritablement à même de choisir librement d'accepter ou de refuser les offres de reclassement.

406. Portée de l'exigence d'écrit. Si l'obligation de formuler des offres de reclassement précises contribue à l'efficacité de l'obligation de reclassement en assurant la personnalisation des propositions, elle est renforcée par l'exigence d'écrit à laquelle la Cour de cassation donne une portée maximale. Ainsi, afin de ne pas la réduire à une simple règle de forme tendant à faciliter la preuve par l'employeur de l'accomplissement de son obligation de reclassement, la Cour de cassation assimile le non-respect de l'exigence d'écrit à l'inexécution de l'obligation de reclassement². Adopter la position inverse aurait ruiné la portée de la règle imposant que les offres de reclassement soient écrites et, partant, affaibli considérablement l'obligation de reclassement. Dans la mesure où l'écrit et les précisions qu'il apporte sur les caractéristiques des postes de reclassement sont à même de permettre aux salariés de décider, en toute connaissance de cause, d'accepter ou non l'emploi proposé, on ne peut qu'approuver cette application de l'adage « *forma dat esse rei* » qui renforce l'effectivité de l'obligation de reclassement, objet d'un contrôle judiciaire particulièrement rigoureux.

¹ Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-20.008, inédit.

² Cass. soc., 20 sept. 2006, Bull. civ. V, n° 276 ; Dr. soc. 2006, p. 1151, obs. G. COUTURIER ; RDT 2006, p. 315, obs. P. WAQUET ; SSL 2006, n° 1282, p. 6, obs. S. BEAL ; JCP S 2006, 1949, obs. B. BOSSU ; Dr. ouv. 2007, p. 6, obs. F. HEAS.

407. *Appréciation in concreto.* L'obligation de reclassement est l'ultime rempart avant la rupture du lien contractuel et participe ainsi à la protection des salariés face aux décisions de restructurations. Eu égard à l'enjeu que constitue pour le salarié le gain (ou la perte) d'une chance de conserver un emploi, la jurisprudence exige des juges du fond un contrôle extrêmement rigoureux de l'exécution de l'obligation de reclassement. De ce point de vue, le contentieux est unifié entre juridictions judiciaire et administrative, qu'il s'agisse de l'appréciation du respect par l'employeur de son obligation de reclassement, de l'administration de la preuve ou de la sanction¹.

Tenu de rechercher loyalement les emplois disponibles susceptibles de permettre le reclassement du salarié, au besoin en assurant son adaptation, le comportement de l'employeur dans l'exécution de cette obligation ne saurait donner lieu à un contrôle *in abstracto*. Il convient en effet de prendre en compte la réalité dans laquelle se trouve l'entreprise pour apprécier les efforts patronaux de reclassement. Cette obligation ne saurait avoir pour conséquence l'aggravation de la situation de l'entreprise. L'exécution loyale de l'obligation de reclassement est donc contrôlée par les juges, en considération des caractéristiques de l'entreprise, de son organisation, de ses modalités de fonctionnement², ou encore de sa taille³, les possibilités de reclassement s'avérant relativement limitées dans les très petites entreprises « autonomes » à l'inverse de celles qui appartiennent à un groupe international prospère envers lesquelles la jurisprudence se montre plus exigeante⁴.

Surtout, les efforts de reclassement s'apprécient au regard des qualités professionnelles du salarié, de son expérience⁵, de sa formation initiale, de son niveau hiérarchique⁶, de ses

¹ Le juge administratif conserve en effet une compétence résiduelle s'agissant du respect de l'obligation de reclassement d'un salarié protégé licencié sur autorisation administrative. En effet, « *lorsque le licenciement économique d'un salarié protégé a été autorisé par l'inspecteur du travail à qui il appartient de vérifier le respect de l'obligation individuelle de reclassement pour apprécier le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement, le juge judiciaire ne peut sans violer le principe de la séparation des pouvoirs contrôler le respect de cette obligation* », Cass. soc., 23 juin 2009, Bull. civ. V, n° 162 ; JCP S 2009, 1422, note J.-Y. KERBOUC'H.

² Sont examinées par les juges « les techniques de fabrication et de vente » qui peuvent révéler également « le caractère indifférencié de la plupart des postes dans le service » dans lequel travaille le salarié, en ce sens CE, 28 juin 1979, Rec. Lebon 1979, p. 288.

³ Cass. soc., 19 juin 1996, CSBP 1996, n° 83, p. 258.

⁴ Ainsi, « *ayant constaté qu'alors que l'entreprise appartenait à un groupe employant plus de six mille salariés, seul un poste de catégorie inférieure avait été proposé à M. X..., la cour d'appel a pu en déduire que l'employeur ne justifiait pas d'une recherche effective de reclassement* », Cass. soc., 19 janv. 2011, n° 09-67.876, inédit.

⁵ Cass. soc., 19 fév. 1992, préc.

⁶ Cass. soc., 4 avr. 1995, Dr. soc. 1995, p. 510.

compétences, de sa polyvalence, etc. Ainsi, plus le salarié est qualifié et polyvalent, plus l'entreprise est de taille importante ou son activité développée, plus l'employeur devra fournir des efforts importants pour tenter de le reclasser¹. Le pragmatisme induit par l'appréciation *in concreto* est indispensable tant les situations des entreprises qui se restructurent et des salariés menacés de licenciement sont diverses. La casuistique découlant de cette approche n'est pas réellement source d'insécurité juridique dans la mesure où les règles fondamentales de l'exécution loyale de cette obligation sont en effet clairement posées par une jurisprudence relativement stable en la matière. Les juges, tant judiciaire qu'administratif, procèdent donc à une appréciation *in concreto* du respect de cette obligation au regard des éléments de preuve apportés par l'employeur.

408. Charge de la preuve. Parce qu'il est en pratique quasiment impossible pour le salarié d'apporter la preuve de l'existence de solutions de reclassement qui auraient dû lui être proposées, la jurisprudence inverse la charge de la preuve en matière d'obligation de reclassement, en faisant peser la charge de la preuve du respect de l'obligation de reclassement sur l'employeur². Il sera donc sanctionné s'il n'est pas en mesure d'établir la réalité et l'effectivité de ses recherches de reclassement ou l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de reclasser le salarié, faute d'emploi disponible compatible avec sa qualification ou d'acceptation par le salarié des offres formulées. Le salarié, quant à lui, n'a aucunement à établir l'existence de possibilités de reclassement³, pas plus qu'il ne doit concourir conjointement avec l'employeur à l'établissement de cette preuve⁴. À ce titre, la Cour de cassation n'autorise pas l'employeur à établir l'impossibilité de reclasser le salarié par le biais d'une déclaration en ce sens faite par ce dernier à l'audience⁵. C'est donc uniquement sur l'employeur que pèse la charge de la preuve du respect de son obligation de reclassement, démontrant ainsi le fait qu'il s'agit d'une obligation de moyens renforcée. Dès lors, si l'employeur n'est pas en mesure de démontrer que le licenciement du salarié était bien

¹ En ce sens, F. HÉAS, th. préc., n° 155.

² Cass. soc., 7 juil. 1988, Bull. civ. V, n° 424 ; Cass. soc., 2 mars 1989, Bull. civ. V, n° 171 ; Cass. soc., 13 fév. 1996, RJS 4/96, n° 395 ; Cass. soc., 19 nov. 1992, Bull. civ. V, n° 564 ; Cass. soc., 27 janv. 1993, Liaisons Soc. juris., n° 6801, p. 4 ; CE, 25 oct. 1995, n° 148033, inédit ; CE 16 juin 1989, n° 86-222, inédit ; CE 14 juin 1996, n° 148-028, inédit.

³ Cass. soc., 7 juil. 1988, préc. ; Cass. soc., 5 juil. 1995, CSBP 1995, n° 73, p. 255.

⁴ Cass. soc., 2 mars 1989, préc.

⁵ En effet l'obligation de reclassement soulevant des questions de droit, une telle déclaration du salarié ne peut avoir valeur d'aveu judiciaire dès lors qu'elle porte sur un point de droit ; Cass. soc., 4 déc. 2002, RJS 2/03, n° 172.

l'ultime remède faute de reclassement envisageable, le manquement à son obligation de reclassement sera établi et l'employeur sanctionné.

409. Sanction : absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. L'obligation de reclassement, dont le régime juridique a été essentiellement défini par la jurisprudence, a dès 1992 vu son non-respect sanctionné par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement¹. Cette sanction paraît appropriée dans la mesure où, en instaurant l'obligation de reclassement, la jurisprudence a voulu faire du licenciement pour motif économique l'ultime remède. Ainsi, peu importe que l'entreprise connaisse une situation économique particulièrement détériorée, dès lors que le maintien du salarié sur un emploi était envisageable, la rupture du lien contractuel met en exergue l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé en méconnaissance de l'obligation de reclassement.

Si, depuis la loi de modernisation sociale, l'obligation de reclassement a un fondement légal à l'article L. 1233-4 du Code du travail, le législateur de 2002 n'a pour autant pas déterminé la sanction de son inexécution². Or la formule légale selon laquelle « *le licenciement pour motif économique (...) ne peut intervenir* » qu'après que l'employeur a mis en œuvre tous les moyens pour tenter de reclasser le salarié a fait planer le doute sur une éventuelle nullité des ruptures prononcées en violation de cette obligation. Ce doute a été dissipé très rapidement par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision relative à la loi de modernisation sociale, a formulé la réserve d'interprétation selon laquelle « *en l'absence de disposition expresse en ce sens, et la nullité ne se présumant point, la méconnaissance de cette obligation ne pourra pas être sanctionnée par la nullité de la procédure de licenciement et l'obligation de réintégration qui en résulterait* »³, formule reprise mot pour mot par la Cour de cassation un an après⁴. Outre le fait que la nullité d'un licenciement est subordonnée à l'existence d'un texte ou à la violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale, exclure la nullité semblait légitime tant il était peu probable que le législateur de 2002 ait voulu censurer la jurisprudence antérieure relative à la sanction de l'obligation de reclassement⁵. La

¹ Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, Bull. civ. V, n° 228 préc.. Il convient d'indiquer faisant preuve d'un manque de rigueur dans le vocabulaire employé, la Cour de cassation a dans cet arrêt énoncé que le manquement à l'obligation de reclassement privait de licenciement de « *cause économique* ». Tel n'est évidemment pas le cas, le non-respect de l'obligation de reclassement n'atteint pas la cause qualificative du licenciement mais seulement à sa cause justificative.

² Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, préc.

³ Cons. const., déc. n° 2001-455, préc. cons. 21.

⁴ Cass. soc., 26 fév. 2003, Bull. civ. V, n° 70.

⁵ En effet cette formulation est celle employée par la Cours de cassation dans l'arrêt fondateur de 1992 ; Cass. soc., 1^{er} avr. 1992, préc.

méconnaissance de l'obligation de reclassement préalable à tout licenciement pour motif économique prive donc ce dernier de cause réelle et sérieuse, ce qui la différencie nettement de l'obligation « collective » de reclassement imposant à l'employeur qui projette un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins d'intégrer dans le plan de sauvegarde de l'emploi validé ou homologué par l'Administration du travail des mesures de reclassement, cette obligation étant pour sa part sanctionnée par la nullité des licenciements.

410. Obligation de reclassement nécessairement dans le débat sur la cause réelle et sérieuse ? Élément constitutif de la cause justificative du licenciement pour motif économique, l'obligation de reclassement s'impose à l'employeur qui ne saurait prononcer une telle rupture sans avoir au préalable recherché toutes les alternatives susceptibles de permettre le maintien du salarié dans un emploi. Cette obligation intégrant le caractère réel et sérieux de la cause d'un licenciement pour motif économique, on a pu s'interroger sur l'office du juge saisi d'une contestation relative à la justification d'une telle rupture. Dans une telle hypothèse, doit-il examiner d'office un éventuel manquement à l'obligation de reclassement, sans que ne cette question n'ait été soulevée par le salarié ? La Cour de cassation a sur ce point une position relativement obscure. Elle a ainsi affirmé qu'« *il appartient au juge saisi d'une demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de rechercher si l'employeur a satisfait à son obligation de reclassement* »¹. Le moyen relatif à l'obligation de reclassement semble donc « *nécessairement dans le litige* » en cas de contestation relative à la légitimité d'un licenciement pour motif économique². Cette solution est relativement logique au regard de l'article 12 du Code de procédure civile en vertu duquel le juge, par principe lié par les termes de la demande, est tenu de trancher le litige « *conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Saisis d'une contestation relative à la justification du licenciement, à laquelle participe l'obligation de reclassement, les juges du fond peuvent donc examiner cette question puisqu'elle est en lien avec la prétention du salarié même s'il n'invoque pas expressément la méconnaissance de cette obligation.

Si rien ne leur interdit de relever d'office le moyen relatif à cette obligation, sont-ils pour autant tenus de le faire malgré le silence du salarié sur ce point, au risque d'encourir la censure de la Cour de cassation ? La réponse semble négative puisque la Cour de cassation a

¹ Cass. soc., 17 mars 1999, Bull. civ. V, n° 127.

² Cass. soc., 4 déc. 2002, RJS 2/03, n° 172 ; Cass. soc., 17 mars 1999, préc. ; Cass. soc., 6 déc. 2000, RJS 2/01, n° 179.

rejeté le pourvoi d'un salarié faisant grief à la Cour d'appel de l'avoir débouté de sa demande d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans avoir examiné le respect par l'employeur de son obligation de reclassement. Elle énonce dans cet arrêt que « *le salarié ayant été licencié pour motif économique à la suite de son refus de la modification de son contrat de travail proposée par l'employeur, qui n'a contesté à aucun moment l'énonciation de la lettre de licenciement relative à l'impossibilité de son reclassement, il ne peut proposer devant la Cour de cassation un moyen incompatible avec la thèse qu'il a développée devant les juges du fond* »¹. Selon un auteur, « cette motivation témoigne de l'embarras persistant au sein de la juridiction » sur cette question².

En effet, en évitant d'affirmer clairement que les juges ne sont pas tenus de relever d'office le moyen relatif à l'obligation de reclassement dès lors qu'ils examinent une contestation portant sur la cause justificative d'un licenciement pour motif économique, la Cour de cassation élude le débat. Le doute persiste donc. Dès lors, nous ne saurions trop conseiller aux salariés introduisant en justice une demande de dommages et intérêts relatifs à l'absence de cause réelle et sérieuse de leur licenciement d'invoquer *ab initio* un éventuel manquement à l'obligation de reclassement puisque, si les juges peuvent soulever d'office cette question, rien ne semble les y obliger.

Ainsi, un employeur ne peut valablement prononcer un licenciement pour motif économique qu'à la condition d'avoir mis en œuvre tous les efforts pour tenter de reclasser le salarié. Faute par lui avoir accompli les diligences nécessaires pour trouver un emploi disponible dans l'entreprise ou les sociétés du groupe avec lesquelles permutation est envisageable, la rupture sera dépourvue de cause réelle et sérieuse. Ce n'est qu'après avoir tout tenté pour maintenir le lien contractuel, en envisageant notamment de modifier le contrat et en offrant au salarié, si besoin, les moyens de s'adapter au poste de reclassement, et après avoir établi l'impossibilité de le reclasser faute d'emploi disponible correspondant à ses qualités professionnelles ou suite au refus du salarié des propositions, que l'employeur pourra prononcer son licenciement. Soucieux de garantir l'effectivité du droit constitutionnel à l'emploi des salariés, jurisprudence et législateur ont donc fait du licenciement pour motif économique l'ultime remède, faute d'alternative envisageable à la rupture du contrat.

¹ Cass. soc., 7 déc. 2005, Bull. civ. V, n° 358 ; JCP S 2006, 1145, obs. B. BOUBLI.

² B. BOUBLI, obs. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE

411. Faute d'emprise sur les décisions de restructuration qui relèvent de la seule autorité de la direction de l'entreprise au titre de la liberté d'entreprendre et afin de préserver la situation des salariés et notamment leur droit à l'emploi, le droit social encadre la décision de prononcer un licenciement pour motif économique en exigeant non seulement qu'il repose sur une cause économique légitime ayant un effet sur l'emploi, mais également que l'employeur n'ait d'autre alternative que de rompre le lien contractuel. Ainsi, afin de mettre en œuvre « *cette expression particulière du " droit d'obtenir un emploi " que constitue le maintien du salarié dans les effectifs d'une entreprise faisant l'objet d'une restructuration* »¹, la Cour de cassation a élaboré une jurisprudence socialement exigeante et économiquement réaliste censurant tout licenciement d'économie ou licenciement boursier, tout en autorisant les entreprises « en bonne santé » à anticiper sur de futures difficultés, admettant les ruptures nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. De même, en imposant à l'employeur avant toute rupture pour motif économique de rechercher des postes pour reclasser le salarié menacé de licenciement, en assurant si nécessaire son adaptation au poste de reclassement, le droit social confère une certaine effectivité au droit à l'emploi.

Si pour limiter les coûts sociaux des décisions de restructuration sur lesquelles il n'a aucune autorité, le droit social a souhaité faire du licenciement pour motif économique l'ultime remède auquel peut recourir l'employeur lorsque la situation économique de l'entreprise ou du groupe le justifie, l'effectivité de la réalisation de ce souhait, bien que légalement transcrit, se heurte en pratique à divers obstacles qui l'affaiblissent considérablement. Ainsi, bien que la réalité organisationnelle des groupes de sociétés soit prise en compte par le droit social, qu'il s'agisse du niveau d'appréciation de la cause économique invoquée à l'appui du licenciement ou de l'aire dans laquelle doivent être effectuées les recherches de reclassement, cette prise en compte est dans une certaine mesure artificielle puisque seule la société employeur est tenue de respecter l'exigence de cause réelle et sérieuse impliquant le respect de l'obligation de reclassement. Si le droit social appréhende

¹ Cons. const., Commentaire de la décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 18.

la réalité des groupes de sociétés, cette appréhension est battue en brèche par l'absence de personnalité juridique du groupe et de l'autonomie des personnes morales qui le composent, la société employeur étant la seule tenue de respecter les exigences du droit du licenciement pour motif économique lorsqu'elle s'apprête à mettre en œuvre une compression d'effectifs, quand bien même cette décision aurait-elle été arrêtée par la direction du groupe. L'appréhension de la relation de travail à travers le seul prisme du « couple employeur/salarié » permet ainsi aux groupes de sociétés de pouvoir se jouer des principes du droit du licenciement pour motif économique en décidant de fermer une filiale dans le seul but de réaliser des économies, d'augmenter les profits ou de satisfaire les actionnaires sans encourir la moindre sanction, seul l'employeur étant exposé alors même qu'il n'a aucune autorité sur la direction du groupe qui a pris la décision de fermer l'entreprise. Cette appréhension du phénomène des groupes par le droit du travail est par trop restrictive et se trouve limitée par l'absence de personnalité juridique de ces derniers qui bénéficient de la position la plus enviable qui soit : concentration du pouvoir alliée à la décentralisation juridique impliquant un éclatement des responsabilités.

Au-delà du risque d'instrumentalisation du droit du licenciement pour motif économique par les groupes de sociétés, l'effectivité de l'exigence de cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique, impliquant non seulement l'existence d'une justification économique légitime mais également l'absence d'alternative à la rupture du lien contractuel, se trouve affaiblie par l'absence de sanctions réellement comminatoires assortissant sa violation. Cette dernière n'ouvre droit qu'*a posteriori* à l'indemnisation des salariés dont le montant est dérisoire en comparaison avec ce que coûte à la collectivité le prononcé d'un licenciement injustifié au regard à l'état actuel du marché du travail et à ce que peut « rapporter » une compression d'effectifs permettant d'augmenter la rentabilité financière de l'entreprise ou de faire de substantielles économies assurant de surcroît fréquemment une hausse des cotations en bourse de l'entreprise s'envoler.

Non seulement l'absence de motif économique réel et sérieux fondant le licenciement n'est l'objet d'aucune sanction tendant à conférer une réelle effectivité à l'exigence de justification des ruptures pour motif économique, mais de surcroît cette absence ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre d'une procédure de licenciement collectif. Le droit social soumet en effet la décision de procéder à un licenciement collectif à un contrôle par les représentants du personnel et l'Administration du travail *via* une procédure d'information/consultation sur le projet de restructuration et celui de licenciement collectif.

Or, en dépit du bon sens, en l'état actuel des textes, un employeur peut valablement mettre en œuvre et mener à son terme une procédure de licenciement collectif alors même qu'il n'existe aucun motif économique légitime susceptible de fonder le prononcé des licenciements... Si représentants du personnel et Administration sont appelés à contrôler la décision de licencier, le fait que celle-ci ne repose pas sur une cause économique légitime ne saurait faire obstacle à la mise en œuvre de la procédure de licenciement collectif... Seule sera sanctionnée *a posteriori* l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements donnant lieu à l'allocation de dommages et intérêts aux salariés et à l'éventuel remboursement d'une partie des allocations chômage qui leur auront été versées, rien qui ne contribue à conférer une réelle effectivité à l'exigence de justification devant fonder la décision de licencier...

CHAPITRE II : LE CONTRÔLE DE LA DÉCISION DE LICENCIER

412. Si décider de mettre en œuvre une restructuration ressort du seul pouvoir de la direction de l'entreprise au titre de la liberté d'entreprendre, les salariés bénéficient toutefois du droit constitutionnel de participer par l'intermédiaire de leurs représentants à la gestion de leur entreprise¹. À ce titre, toutes les décisions de restructuration font l'objet d'un contrôle plus ou moins approfondi par les représentants du personnel dont les prérogatives varient selon l'opération en cause. Ainsi, si le droit français n'a pas opté pour la mise en place d'une cogestion de l'entreprise comme en Allemagne, il impose que les représentants du personnel soient informés et consultés sur les projets relatifs à la marche générale de l'entreprise ce que constitue incontestablement une opération de restructuration².

Toutes les opérations de restructurations sont ainsi soumises au contrôle des représentants du personnel, qu'elles impliquent ou non des destructions d'emplois et des licenciements. L'article L. 2323-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose à ce titre que « *Le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* », étant précisé qu'à défaut de comité, les délégués du personnel sont appelés à le suppléer dans cette mission. Lorsque la décision de restructuration projetée par la direction de l'entreprise n'affecte pas l'emploi, les représentants du personnel doivent être informés et consultés sur le projet, toutefois leur pouvoir de contrôle est assez réduit et ce d'autant plus que si l'employeur est tenu de les consulter, rien ne l'oblige à suivre leur avis³.

¹ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 8.

² Art. L. 2323-6, C. trav.

³ Sur les différentes opérations de restructuration soumises à l'information/consultation des représentants du personnel en application du Livre II, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p.358 et s.

413. En revanche, dès lors que l'opération de restructuration projetée par la direction de l'entreprise implique le prononcé de licenciements pour motif économique, le droit fondamental à l'emploi étant en jeu¹, le droit social qui, certes n'a aucune emprise sur cette décision et ne saurait aucunement la remettre en cause, tente de concilier liberté d'entreprendre et prise en compte du droit à l'emploi en imposant un contrôle de la décision de procéder à un licenciement collectif. Si le contrôle de la décisions de procéder à un licenciement collectif a évolué au cours des nombreuses réformes qu'a connu le droit du licenciement pour motif économique², l'Histoire du droit du licenciement collectif tout aussi mouvementée soit elle repose sur trois constantes : le contrôle de cette décision par les représentants du personnel, le contrôle administratif du projet³ et la nécessaire responsabilisation de l'employeur qui s'apprête à prononcer des licenciements pour motif économique lui imposant de mettre en œuvre des mesures sociales d'accompagnement des salariés menacés de licenciement.

414. Tout comme le contrôle de la décision de procéder à un licenciement collectif confié aux représentants du personnel et à l'Administration du travail est gradué selon l'ampleur du projet de licenciement et la taille de l'entreprise dans laquelle il est envisagé, l'exigence relative aux mesures sociales d'accompagnement que doit prévoir l'employeur dans le cadre de son projet varie également selon les mêmes facteurs. Le droit social impose donc en tout état de cause à l'employeur d'informer et de consulter les représentants du personnel avant de mettre en place un projet de restructuration destructrice d'emploi afin qu'il justifie auprès des représentants du personnel le recours à ce projet en leur exposant les raisons économiques qui ont présidé à son élaboration mais aussi, et surtout, que s'engage avec eux un dialogue permettant de mettre en œuvre le droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise. Au cours de cette concertation, les représentants du personnel vont ainsi pouvoir proposer des solutions alternatives au projet retenu par l'employeur afin d'en limiter le coût social et d'assurer la prise en compte des intérêts des salariés lors de l'élaboration du projet.

¹ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 5.

² Pour un rappel de l'ensemble des réformes connues par le droit du licenciement pour motif économique, V. Méga Code du travail, Dalloz, 2014, p. 245 et s.

³ Contrôle a évolué au gré des réformes et dont l'intensité varie selon l'ampleur du projet.

415. Ainsi, si le droit social est impuissant face aux décisions de restructuration destructrices d'emploi, il pallie cette impuissance non seulement en imposant un contrôle des décisions de licenciement d'autant plus renforcé que le nombre de salariés dont le licenciement est envisagé est important, mais également en exigeant une implication de l'employeur dans l'élaboration de mesures tendant à faciliter leur réinsertion sur le marché du travail d'autant plus conséquente qu'il s'apprête à licencier de nombreux salariés dans une structure de taille importante.

De ce point de vue, le degré de contrôle le plus élevé du projet de licenciement et l'implication de l'employeur en termes d'accompagnement des salariés menacés de licenciement la plus importante est réservée par le droit social aux décisions de procéder à un grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins, projet de licenciement pour lesquels est exigée l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, ex-plan social, mesure phare de l'accompagnement des salariés dont l'importance est telle que l'expression « plan social » est, à tort, devenue dans le langage courant et médiatique synonyme de licenciement collectif. S'agissant du champ d'application de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, l'article L. 1233-61 du Code du travail dispose que « *Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, l'employeur établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre. Ce plan intègre un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité (...)* ». L'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi est donc soumise non seulement à une condition d'effectif employé dans l'entreprise mais aussi au nombre de ruptures pour motif économique envisagées par l'employeur dans le cadre d'un projet de restructuration. Afin d'éviter que les employeurs ne puissent contourner l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi en procédant à des licenciements pour motif économique « par petits paquets » sans jamais en prononcer dix sur une même période de trente jours, des seuils correctifs ont été institués par le Code du travail¹.

¹ Ainsi, l'article L. 1233-26 du Code du travail dispose que « *Lorsqu'une entreprise ou un établissement assujéti à la législation sur les comités d'entreprise a procédé pendant trois mois consécutifs à des licenciements économiques de plus de dix salariés au total, sans atteindre dix salariés dans une même période de trente jours, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois mois suivants est soumis aux dispositions* [du chapitre relatif au licenciement pour motif économique] », quant l'article L. 1233-27 dudit Code précise pour sa part que, « *Lorsqu'une entreprise ou un établissement assujéti à la législation sur les comités d'entreprise a procédé au cours d'une année civile à des licenciements pour motif économique de plus de dix-huit salariés au total, sans avoir été tenu de présenter de plan de sauvegarde de l'emploi en application de l'article L. 1233-26 ou de l'article L. 1233-28, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois premiers mois de l'année civile suivante est soumis aux dispositions* [dudit] chapitre. ». Nous détaillerons ultérieurement les

Dans la mesure où le contrôle par les représentants du personnel et l'Administration du travail lorsque doit être élaboré un plan de sauvegarde de l'emploi est le contrôle le plus strict qu'ait mis en place le droit social pour tenter de pallier son impuissance face aux décisions de restructuration, et où il a été profondément réformé par la loi de sécurisation de l'emploi¹, nous allons consacrer ce chapitre à l'étude du seul contrôle des décisions de licenciement soumises à l'exigence d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Toutefois, et pour que cette étude soit « complète » nous allons rapidement évoquer dans le cadre de cette introduction le contrôle des décisions de procéder à un licenciement collectif non soumises à l'exigence d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, avant de nous consacrer pleinement à l'étude du contrôle des projets tendant à licencier dix salariés au moins sur une même période de trente jours dans une entreprise de cinquante salariés au moins, hypothèse dans laquelle est exigé l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

416. Contrôle restreint par les délégués du personnel d'un projet de grand licenciement collectif dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Lorsqu'un employeur envisage de licencier au moins dix salariés sur une même période de trente jours dans une entreprise de moins de cinquante salariés, l'article L. 1233-29 du Code du travail lui impose d'informer et de consulter les délégués du personnel au cours de deux réunions espacées au maximum de quatorze jours. L'employeur est à ce titre tenu de les informer et de les consulter à un double titre : non seulement à propos du projet de licenciement collectif en lui-même, mais également à propos du projet de restructuration et de compression des effectifs dans la mesure où l'article L. 2313-7 du Code du travail dispose que « *Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, lorsque l'employeur envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique, les délégués du personnel sont consultés dans les conditions prévues par le titre III du livre II de la première partie* » du Code du travail qui prévoit la consultation du comité d'entreprise sur le projet de restructuration et de compression des effectifs au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail.

417. Pour que la consultation des délégués du personnel sur le projet de restructuration et la décision de prononcer un grand licenciement collectif puisse avoir un effet utile et contribue à l'effectivité de la mise en œuvre du droit des salariés de participer par

conditions de soumission à l'obligation d'établir un plan qu'il s'agisse du périmètre d'appréciation des effectifs, des ruptures à prendre en considération, etc.

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

l'intermédiaire de leurs représentants à la gestion de l'entreprise¹, il est indispensable que les délégués disposent de l'ensemble des informations nécessaires afin de pouvoir se prononcer sur l'opération envisagée. À ce titre, pour pouvoir formuler un avis motivé sur le projet de restructuration et de compression des effectifs, les délégués du personnel doivent disposer d'informations précises et écrites transmises par l'employeur et de la réponse motivée de l'employeur à leurs propres observations². Par ailleurs, l'article L. 1233-31 du Code du travail dresse pour sa part la liste des renseignements que l'employeur est tenu de fournir aux délégués du personnel au titre du projet de grand licenciement collectif parmi lesquels figurent notamment les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement, les catégories professionnelles concernées, les critères retenus pour l'ordre des licenciements, ainsi que le nombre de ruptures envisagées et leur calendrier prévisionnel. De surcroît, l'article L. 1233-32 du Code du travail impose à l'employeur de transmettre aux délégués du personnel « *les mesures qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité* », succédané du plan de sauvegarde de l'emploi imposé dans les entreprises de cinquante salariés au moins qui doit concourir aux mêmes objectifs. L'employeur doit ainsi envisager des mesures tendant au reclassement interne et externe des salariés qu'il s'agisse de mesures de mobilité, d'aménagement du temps de travail, d'actions de formation et de reconversion afin d'aider les salariés à retrouver un emploi après leur licenciement, etc.

Au cours des deux réunions avec l'employeur les délégués du personnel peuvent ainsi donner leur avis sur le projet de restructuration en lui-même, faire des propositions alternatives à ce dernier éventuellement en envisageant des modalités de réorganisation autres tendant à détruire moins d'emplois. Ils peuvent également suggérer des améliorations des mesures sociales d'accompagnement. Toutefois, il convient de ne pas se leurrer sur le fait qu'en deux réunions espacées de quatorze jours maximum, il semble peu probable que les délégués du personnel qui ne disposent pas de la possibilité de recourir à un expert-comptable, puissent réellement avoir le temps d'analyser les tenants et aboutissants du projet de restructuration et de licenciement collectif et d'envisager nombre de solutions alternatives... En tout état de cause, même si les délégués du personnel font de telles suggestions, rien n'oblige l'employeur à suivre leur avis.

¹ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 8.

² Art. L. 2323-4, C. trav., relatif à la compétence générale du comité d'entreprise, transposable aux délégués du personnel du fait de l'article L. 2313-7, C. trav.

418. Contrôle restreint par la DIRECCTE d'un projet de grand licenciement collectif envisagé dans une entreprise de moins de cinquante salariés. En application de l'article L. 1233-46 du Code du travail, l'employeur est tenu de notifier à l'Administration du travail son projet de grand licenciement collectif au plus tôt le lendemain de la date prévue pour la première réunion des délégués du personnel, cette notification devant être accompagnée de tout renseignement relatif à la convocation, l'ordre du jour et la tenue de cette réunion. De surcroît, l'employeur doit communiquer à l'Administration l'ensemble des renseignements fournis aux délégués du personnel relatifs tant au projet de licenciement, qu'aux mesures sociales d'accompagnement qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements, en limiter le nombre et favoriser le reclassement des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu. Il lui appartient en sus de transmettre les procès verbaux des réunions avec les délégués du personnel qui doivent contenir les avis, suggestions et propositions de ces derniers relatifs au projet de grand licenciement collectif et aux mesures sociales d'accompagnement¹.

C'est à dessein que l'Administration du travail est destinataire de l'ensemble de ces renseignements. En effet, celle-ci est appelée en application de l'article L. 1233-53 du Code du travail non seulement à s'assurer du respect par l'employeur de la procédure d'information/consultation des délégués du personnel sur le projet de licenciement collectif et de restructuration, mais également à vérifier que l'employeur s'est plié à l'obligation de prévoir des mesures sociales d'accompagnement afin de favoriser le reclassement tant interne qu'externe des salariés concernés par le projet et que lesdites mesures seront effectivement mises en place. Pour procéder à ces contrôles, l'Administration ne dispose que d'un délai relativement bref de vingt-et-un jours à compter de la date de notification du projet de licenciement collectif. Au cours de ces vingt-et-jours, l'autorité administrative peut formuler des observations sur les mesures sociales prévues par l'employeur et notamment suggérer le renforcement de dispositifs tendant à réellement permettre la réinsertion des salariés sur le marché du travail en lieu et place des mesures d'indemnisation pure et simple². De surcroît, si au cours des vérifications qu'elle effectue, l'autorité administrative relève une irrégularité de procédure commise par l'employeur lors de l'information/consultation des délégués du

¹ Art. L. 1233-48, C. trav.

² Art. L. 1233-56, al. 2, C. trav. ; Cette possibilité de formuler des observations relatives au contenu des mesures sociales d'accompagnement des licenciements envisagés par l'employeur a été introduite par la loi de sécurisation de l'emploi ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

personnel sur le projet de licenciement et de restructuration, elle adresse à l'employeur un avis précisant la nature de l'irrégularité constatée et envoie simultanément copie de ses observations aux délégués du personnel¹.

419. Les observations formulées par l'Administration à propos des mesures sociales d'accompagnement envisagées par l'employeur, à l'instar de l'avis relevant une irrégularité de la procédure d'information/consultation des délégués du personnel ne font pas grief en ce qu'ils n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle au licenciement. Ces observations et avis d'irrégularité sont donc insusceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif². L'intégralité du contentieux relatif à la procédure d'information/consultation des représentants du personnel en matière de grand licenciement collectif dans les entreprises de moins de cinquante salariés relève donc de la compétence pleine et entière du juge judiciaire. Le seul effet que produit l'avis d'irrégularité de procédure adressé à l'employeur est de l'obliger à répondre aux observations de l'Administration du travail. Dans une certaine mesure, le contenu de sa réponse revêt peu d'importance, sous réserve toutefois d'une éventuelle production de sa réponse devant le juge judiciaire en cas de contentieux relatif au respect de la procédure. Pour autant, l'employeur doit impérativement répondre aux observations administratives puisqu'il ne pourra prononcer les licenciements pour motif économique qu'à compter du moment où il aura répondu à l'Administration³.

420. *Contrôle des petits licenciements collectifs.* Lorsqu'un employeur envisage de procéder à un petit licenciement collectif pour motif économique, c'est-à-dire concernant moins de dix salariés dans une même période de trente jours, il est tenu de réunir et de consulter le comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins cinquante salariés ; étant précisé que dans les entreprises dotées d'un comité central d'entreprise, l'employeur réunit le comité central et le ou les comités d'établissements intéressés dès lors que les mesures envisagées excèdent le pouvoir du ou des chefs d'établissement concernés ou portent sur plusieurs établissements simultanément⁴. Il convient d'indiquer que l'employeur qui, dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés dans une même période de trente jours, doit, en

¹ Art. L. 1233-56, al. 1^{er}, C. trav.

² CE, 26 mars 1997, Société Bostick, Rec. Lebon, p. 113 ; Dr. soc. 1997, p. 460, concl. F. LAMY ; RJS 1997, n° 532 ;

³ Art. L. 1233-56, *in fine*.

⁴ Art. L. 1233-9, C. trav.

l'absence de comité d'entreprise, réunir et consulter les délégués du personnel sur ledit projet¹. Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, lorsqu'un projet de petit licenciement collectif est envisagé l'employeur doit réunir et consulter les délégués du personnel sur le projet. Cette procédure s'impose à lui en toutes circonstances. Ce n'est qu'en l'absence de représentants du personnel, consignée dans un procès verbal de carence, que l'employeur est dispensé de mettre en œuvre cette procédure. À défaut de procès verbal de carence, les licenciements prononcés sans que la procédure n'ait été respectée, faute de représentants du personnel, ne seront pas nuls mais irréguliers et sanctionnés par l'octroi aux salariés d'une indemnité au moins égale à un mois de salaire brut².

Afin que les représentants du personnel puissent utilement se prononcer sur le projet de licenciement collectif et de restructuration puisque les représentants du personnel devront au cours de l'unique réunion sur le projet de licenciement être également consultés sur le projet de restructuration et de compression des effectifs en application de l'article L. 2323-15 du Code du travail, l'employeur doit avec la convocation à la réunion leur fournir diverses informations. Il doit ainsi leur transmettre non seulement des informations précises et écrites sur le projet de restructuration et de compression des effectifs, mais également des renseignements relatifs au projet de licenciement en lui-même et notamment les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement, les catégories professionnelles concernées, les critères retenus pour l'ordre des licenciements, ainsi que le nombre de ruptures envisagées et leur calendrier prévisionnel³.

Les projets de petit licenciement collectif sont donc l'objet d'un contrôle particulièrement restreint par les représentants du personnel puisqu'ils ne pourront s'exprimer sur ledit projet et tenter d'assurer la prise en compte des intérêts des salariés et de la nécessité de sauvegarder l'emploi qu'au cours d'une seule et unique réunion ; étant rappelé qu'ils ne sont invités qu'à émettre en avis que l'employeur n'est aucunement tenu de suivre.

421. Si le contrôle par les représentants du personnel des projets de petit licenciement collectif est particulièrement réduit, celui de opéré par l'Administration du travail l'est davantage encore bien que la loi de sécurisation de l'emploi ait tenté, on ne peut plus maladroitement, de le renforcer. En effet, en cas de petit licenciement collectif si l'on s'en tient aux dispositions de la sous-section 3 du Code du travail dédiée à l'intervention de

¹ Cass. soc., 29 mai 2013, n° 12-12.952, à paraître au Bulletin ; Dalloz actualités, 14 juin 2013, obs. M. PEYRONNET.

² Art. L. 1235-15, C. trav.

³ Art. L. 1233-10, C. trav.

l'Administration dans les petits licenciements collectifs, l'Administration du travail a un rôle pour le moins circonscrit dans le cadre d'un licenciement pour motif économique concernant moins de dix salariés sur une période de trente jours puisqu'elle est simplement destinataire d'une information *a posteriori*. Ainsi, en cas de petit licenciement collectif l'employeur est simplement tenu en application de l'article L. 1233-19 du Code du travail d'informer l'Administration du travail une fois les ruptures prononcées. La liste des renseignements fournis à l'Administration figure à l'article R. 1233-3 dudit code.

Cette information *a posteriori* poursuit un double but : permettre à l'Administration du travail d'établir des statistiques sur les suppressions d'emplois et la mettre en mesure de vérifier si les seuils légaux imposant le respect des dispositions relatives au prononcé d'un grand licenciement collectif sont, ou non, franchis. Toutefois, la loi du 14 juin 2013 a souhaité renforcer l'intervention de l'Administration du travail en matière de petit licenciement collectif en prévoyant à l'article L. 1233-53 du Code du travail que l'Administration du travail devrait en cas de petit licenciement collectif, comme en cas de grand licenciement collectif dans une entreprise de moins de cinquante salariés, vérifier que la procédure d'information/consultation des représentants du personnel a bien été respectée. En application de ce texte, l'Administration dispose d'un délai de vingt-et-un jours « **à compter de la date de notification du projet de licenciement** » pour s'assurer que l'employeur a bien informé et consulté les représentants du personnel sur le projet de petit licenciement collectif conformément aux dispositions légales et conventionnelles en vigueur. Or, la loi de sécurisation de l'emploi a oublié de modifier l'article L. 1233-19 du Code du travail qui ne prévoit une information de l'Administration qu'une fois les licenciements prononcés... Cet « oubli » du législateur réduit à néant sa volonté de renforcer le contrôle administratif des petits licenciements collectifs. Faute d'avoir modifié l'article L. 1233-19 du Code du travail et d'avoir prévu la notification à l'Administration d'un projet de petit licenciement collectif avant le prononcé des ruptures, l'Administration du travail ne pourra se prononcer sur la régularité de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel qu'une fois celle-ci achevée et les ruptures notifiées ce qui paralyse du même coup l'effet d'un éventuel avis d'irrégularité dressé en application de l'article L. 1233-56 du Code du travail. En effet, l'employeur ayant notifié les ruptures avant d'avoir informé l'Administration en application de l'article L. 1233-19 du Code du travail, la notification postérieure d'un avis d'irrégularité ne pourra paralyser le pouvoir de l'employeur de prononcer les licenciements déjà notifiés... Une mise en cohérence des dispositions des articles L. 1233-19, L. 1233-53 et

L. 1233-56 du Code du travail semble nécessaire si l'on souhaite que l'Administration du travail ait un rôle de contrôle effectif dans le cadre des projets de petit licenciement collectif.

422. Ainsi, le contrôle des décisions de procéder à un licenciement collectif non soumises à l'exigence d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi est-il relativement restreint en comparaison avec celui auquel sont soumis les projets de licenciement collectif imposant l'élaboration d'un tel plan, dans la mesure où pour effectuer le contrôle de ces projets représentants du personnel et Administration du travail disposent de prérogatives et de pouvoirs nettement plus importants. A ce titre, le contrôle des décisions consistant à envisager un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins imposant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi a été profondément réformé par la loi de sécurisation de l'emploi qui soumet la mise en œuvre du projet à sa validation/homologation *a priori* par l'Administration du travail, reprenant ainsi plus ou moins fidèlement les stipulations d l'ANI du 11 janvier 2013¹.

Dans un souci de sécurisation des procédures de grand licenciement collectif soumises à l'exigence d'un plan de sauvegarde de l'emploi, cette réforme du contrôle des grands licenciements collectifs dans les entreprises de cinquante salariés au moins a décidé d'écarter le juge judiciaire du contrôle de ces procédures, la défiance à l'égard de ce dernier n'ayant cessé de croître en ce domaine ces dernières années. Nombreux étaient ceux qui estimaient que le recours au juge judiciaire et notamment au juge des référés en cours de procédure était un facteur d'insécurité juridique, le juge judiciaire pouvant être appelé plusieurs années après le licenciement à annuler la procédure et les ruptures subséquentes du fait de l'absence de ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi. En lieu et place d'un contrôle aléatoire et *a posteriori* par le juge judiciaire des projets de grand licenciement collectif, la réforme de 2013 a donc instauré un contrôle *a priori* de ces projets par l'Administration du travail, les représentants du personnel étant toujours amenés à contrôler également ce projet selon de nouvelles modalités tendant à assurer à l'employeur la maîtrise du temps de la procédure de licenciement collectif afin d'éviter tout retard dans la mise en œuvre de son projet de restructuration et de licenciement souvent vital pour l'entreprise.

A défaut d'emprise sur la décision de restructuration, le droit social soumet donc les grands projets de licenciements collectifs envisagés dans une entreprise de cinquante salariés au moins à un strict contrôle par les représentants du personnel et l'Administration du travail

¹ ANI du 11 janv. 2013, préc.

qui, si elle ne valide ou n'homologue pas le projet paralyse le prononcé des ruptures. Eu égard à la situation particulière des entreprises soumises à une procédure collective, le législateur a de longue date prévue un contrôle spécifique du prononcé des licenciements collectifs dans ces entreprises. Si la réforme du contrôle des grands licenciement collectifs dans les entreprises de cinquante salariés au moins s'applique dans les entreprises soumises à une procédure collective, le législateur a adapté les modalités de contrôle du projet de licenciement collectif par les représentants du personnel et l'Administration du travail afin de tenir compte de l'impératif de célérité impliqué tant par la situation relativement critique de l'entreprise que par la brièveté des délais encadrant la mise en œuvre de la garantie AGS. Surtout, à la différence du contrôle des décisions de grand licenciement collectif envisagés dans les entreprises d'au moins cinquante salariés *in bonis* (Section I), au contrôle des représentants du personnel et de l'Administration vient s'ajouter un contrôle judiciaire : les licenciements pour motif économique dans les entreprises soumises à une procédure collective sont en effet subordonnés à une autorisation judiciaire (Section II).

Section I : Contrôle de la décision de licencier dans les entreprises *in bonis*

423. Les projets de restructuration prévoyant le prononcé d'un grand licenciement collectif font l'objet d'un contrôle par les représentants du personnel auxquels l'employeur doit exposer les raisons de son projet, les modalités selon lesquelles il envisage de le mettre en œuvre et les mesures d'accompagnement des salariés menacés de licenciement qu'il envisage d'instaurer pour limiter le coût social de sa décision. Les projets de grand licenciement collectif sont également soumis au contrôle de l'Administration du travail, qui s'assure du respect de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel et de la conformité du plan de sauvegarde de l'emploi aux exigences légales. S'il doit en toute hypothèse soumettre son projet de licenciement collectif au représentants du personnel et obtenir l'aval de l'Administration pour le mettre en œuvre (Sous-section I), lorsqu'il intervient dans le cadre d'un projet de fermeture d'établissement, l'employeur doit au surplus rechercher un repreneur pour tenter de maintenir l'activité et l'emploi sur le site, sous le

contrôle du comité d'entreprise, du tribunal de commerce ou de la DIRECCTE selon la loi applicable au projet (Sous-section II).

Sous-section I – Le contrôle de la décision de procéder à un grand licenciement collectif étrangère à un projet de fermeture d'un établissement

424. Si le droit social n'a pas d'emprise et ne peut remettre en cause les décisions des directions d'entreprise de restructuration, il pallie cette impuissance en exigeant que les décisions de grand licenciement collectif envisagées dans une entreprise de cinquante salariés au moins soient soumises à un double contrôle. L'employeur doit ainsi informer et consulter les représentants du personnel sur ces projets pour que, à défaut de réellement participer à la prise de décision, ils puissent assurer, si ce n'est la prise en compte, au moins l'expression des intérêts des salariés au cours de l'élaboration du projet pour tenter d'en limiter l'impact social. Les représentants du personnel peuvent ainsi proposer à l'employeur la mise en œuvre de projets alternatifs de restructuration tendant à préserver davantage d'emplois, mais également lui suggérer la mise en place de mesures sociales d'accompagnement tendant à éviter, sinon limiter les licenciements et à favoriser le reclassement interne et externe des salariés dont le licenciement est inéluctable. Ils doivent également s'assurer que l'employeur a pris en compte les risques que l'opération de restructuration peut générer en termes de dégradation de la santé, de la sécurité et des conditions de travail des salariés et vérifier que ce dernier a prévu des mesures tendant à minimiser ce risques afin de permettre la préservation de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs lors de la mise en œuvre d'un grand licenciement collectif (§ 1).

Outre le contrôle opéré par les représentants du personnel sur le projet de l'employeur, toute décision de procéder à un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins voit, depuis la loi de sécurisation de l'emploi, sa mise en œuvre subordonnée à la validation ou à l'homologation du projet par l'Administration du travail, homologation/validation sans laquelle l'employeur ne peut, à peine de nullité prononcer les ruptures (§ 2).

§1 : Le contrôle par les représentants du personnel de la décision de procéder à un grand licenciement collectif

425. Dans les entreprises de cinquante salariés au moins, doivent être institués un comité d'entreprise et un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)¹, voire dans les entreprises à structure complexe un comité central d'entreprise et des comités d'établissement ainsi qu'un CHSCT par établissement, l'instauration d'un comité central d'hygiène de sécurité et des conditions de travail n'étant pas à l'heure actuelle prévue par la loi². Le comité d'entreprise a pour mission « *d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise* »³ ; quand celle du CHSCT consiste notamment à « *contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure* »⁴.

426. En l'absence régulière de comité d'entreprise, constatée dans un procès verbal de carence, et de CHSCT dans une entreprise de cinquante salariés au moins, l'employeur doit informer et consulter les délégués du personnel sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif.⁵ Si l'entreprise est dépourvue de représentants du personnel et qu'un procès verbal de carence n'a pas été établi, la procédure sera inévitablement irrégulière⁶.

Afin de permettre au comité d'entreprise et au CHSCT d'exécuter leurs missions respectives et bien qu'ils n'aient pas de véritable emprise sur les décisions de restructuration, le droit social encadre en revanche la décision de procéder à un grand licenciement collectif en soumettant cette décision au contrôle des représentants du personnel. Ainsi, et dans la

¹ Art. L. 2322-1 C. trav. (pour le comité d'entreprise) ; art. L. 4611-1 C. trav. (pour le CHSCT).

² L'instance de coordination des CHSCT (instaurée par la loi n° 2013-504 du 14 juin préc., V. art. L. 4616-1 et s. C. trav.) habilitée à diligenter une expertise unique en cas de projet concernant plusieurs CHSCT pourrait constituer une sorte de prélude à l'instauration d'un CHSCT central. En ce sens, V. L. PECAUT-RIVOLIER, « L'instance de coordination des CHSCT », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 302 ; P.-Y. VERKINDT, « Quand les conditions de travail s'invitent dans la sécurisation de l'emploi. Le CHSCT et l'instance de coordination dans la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 », Dr. soc. 2013, p. 726 ; H. GUYOT, « Réflexions relatives à l'institution d'un CHSCT central », JCP S 2010, 1340.

³ Art. L. 2323-1, C. trav.

⁴ Art. L. 4612-1, 1°, C. trav.

⁵ Art. L. 4611-2, C. trav.

⁶ Art. L. 1235-15, C. trav.

mesure où une restructuration consistant à prononcer un grand licenciement collectif constitue une décision relative à la gestion de l'entreprise, le législateur a instauré une double obligation d'information/consultation du comité d'entreprise non seulement sur les projets de restructuration et de compression des effectifs dont il doit être saisi en temps utile¹, mais également sur le projet de grand licenciement collectif lui-même².

Par ailleurs, le CHSCT doit pour sa part être consulté « *avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail* »³. Or, une restructuration consistant à prononcer un grand licenciement collectif est de nature à affecter les conditions de santé physique et mentale des salariés, leurs conditions de travail ainsi que leurs conditions de sécurité.

Pendant de nombreuses années, la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur les projets de grand licenciement collectif a fait l'objet de toutes les attentions en générant un important contentieux, alors que la consultation du CHSCT apparaissait en quelque sorte subsidiaire. Or depuis quelques années on assiste à une « montée en puissance » du CHSCT dont la consultation est au fil du temps devenue incontournable notamment en cas de restructuration consistant à prononcer un grand licenciement collectif. La « montée en puissance » du CHSCT en matière de restructuration et de grand licenciement collectif s'explique non seulement par l'évolution du droit à la santé et à la sécurité au travail de ces dernières années, mais aussi parce qu'il semble difficilement contestable qu'une telle opération notamment lorsqu'elle s'accompagne d'une compression des effectifs a inmanquablement des incidences sur la santé tant physique que mentale des salariés ainsi que sur leurs conditions de travail. Emancipé, le contrôle des décisions de grand licenciement collectif par le CHSCT est désormais placé sur un pied d'égalité avec celui du comité d'entreprise dont il n'est plus seulement l'accessoire mais dont il est devenu complémentaire⁴.

De fait, alors même que la seule procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur les projets de grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins était déjà l'objet de vives critiques déplorant sa complexification croissante,

¹ Art. L. 2323-15, C. trav.

² Art. L. 1233-28, C. trav.

³ Art. L. 4612-8, C. trav.

⁴ En ce sens, G. LOISEAU, note sous Cass. soc., 25 sept. 2013, JCP S 2013, 1447.

l'allongement de sa durée réelle du fait de la possible multiplication « d'incidents » (recours plus ou moins dilatoires portés devant le juge des référés afin de retarder le prononcé des licenciements, refus de rendre un avis afin de bloquer le processus décisionnel, possible recours à un expert, etc.), l'essor du CHSCT et de sa consultation en cas de restructuration destructrice de nombreux emplois est venue alourdir encore la procédure d'information/consultation relative aux grands licenciements collectifs. Cette complexification de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel du fait de l'enchevêtrement des consultations du comité d'entreprise et du (ou des) CHSCT était d'autant plus importante que l'encadrement légal des modalités de l'information/consultation du CHSCT était de l'avis de beaucoup insuffisant¹. La faculté accordée à chaque CHSCT de désigner un expert en cas de « *risque grave* » ou de « *projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail* », l'absence d'articulation entre les consultations du comité d'entreprise et du CHSCT et la multiplication des recours devant le juge des référés² contribuaient ainsi à allonger considérablement la procédure d'information/consultation qui était déjà l'objet de vives critiques

L'insécurité juridique entourant cette procédure de consultation des représentants du personnel, sa complexification croissante allongeant *de facto* la durée réelle de la procédure et retardant ainsi la mise en œuvre de restructurations, parfois indispensables à la survie de l'entreprise, ont conduit à sa profonde réforme.

Pour sécuriser et « rationaliser » les procédures d'information/consultation des représentants du personnel sur les projets de grand licenciement collectif envisagés dans les entreprises de cinquante salariés au moins, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 s'est attachée à enserrer son déroulement dans des délais préfix afin de permettre aux entreprises de « maîtriser le temps » du processus décisionnel, d'éviter que cette procédure ne retarde la mise en œuvre du projet de l'employeur et d'empêcher son instrumentalisation à des fins dilatoires. De surcroît, la sécurisation des procédures d'information/consultation des représentants du personnel sur les projets de grand licenciement collectif dans les entreprises

¹ Et ce d'autant plus que la possibilité d'aménager les procédures d'information/consultation sur les projets de grand licenciement collectif par le biais d'un accord de méthode ne concerne que la procédure de consultation du comité d'entreprise à l'exclusion de celle des CHSCT. Pour une critique sur l'encadrement insuffisant des prérogatives du CHSCT, V. not. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 396 ; J.-B. COTTIN, « Pour un droit d'expertise responsable », in J.-B. COTTIN et E. LAFUMA, « CHSCT : quel contrôle de l'expertise ? », RDT 2013, p. 379.

² à l'instar de celle du comité d'entreprise, l'information/consultation du CHSCT sur ces opérations a pu être instrumentalisée pour retarder la réalisation du projet de grand licenciement collectif en sollicitant de multiples expertises afin de pouvoir évaluer les risques sur la santé physique et mentale des salariés et leur sécurité du fait d'un projet de grand licenciement collectif ou en recourant au juge des référés pour suspendre un projet du fait d'irrégularité dans l'information/consultation du CHSCT

de cinquante salariés au moins telle qu'elle résulte de la loi du 14 juin 2013 tient à sa déjudiciarisation, celle-ci étant soumise « en temps réel » au contrôle de l'autorité administrative appelée également à en contrôler la régularité une fois celle-ci achevée. Afin de rendre le contrôle par les représentants du personnel de la décision de procéder à un grand licenciement collectif plus efficace, la loi de sécurisation de l'emploi a ainsi davantage encadré la procédure de consultation du CHSCT (A), tout comme celle du comité d'entreprise (B).

A - La consultation du CHSCT afin de contrôler l'impact du projet sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés

427. La nécessité de préserver la santé et la sécurité des travailleurs face aux restructurations. L'impact des restructurations, et particulièrement de celles consistant en une compression d'effectif, sur la santé et la sécurité des travailleurs est difficilement contestable. Elles affectent en général la santé mentale des salariés et leurs conditions de travail en générant risques psychosociaux : stress facteur d'accroissement du risque d'accidents et de maladie cardio-vasculaires, dépression, etc. justifiant pleinement que la décision de procéder à un grand licenciement collectif fasse l'objet d'un contrôle du CHSCT ; et ce d'autant plus au regard des évolutions relativement récentes connues par le droit à la santé et à la sécurité au travail.

Ainsi, le droit est en effet passé d'une logique de réparation à une logique de prévention des risques en matière de santé et de sécurité au travail du fait d'un mouvement de judiciarisation de l'obligation de prévention notamment sous l'influence du droit européen¹, obligation de prévention qui impose à l'employeur d'évaluer de manière anticipée les risques potentiels de ses décisions sur la santé et la sécurité des travailleurs. Cette logique de prévention a conduit non seulement au passage de la prise en compte du risque avéré au risque potentiel², mais aussi à la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat pesant

¹ Sur cette évolution V. not. F. HÉAS, « De la sécurité à la santé, les évolutions de la prévention au travail », SSL suppl., 8 déc. 2014, n°1655, p 23 ; S. LAULOM, « Contexte et apports de la directive-cadre du 12 juin 1989 », SSL suppl., 8 déc. 2014, n°1655, p 17 ; L. LEROUGE, « Interprétation de la directive-cadre du 12 juin 1989 et prévention des risques psychosociaux », SSL Suppl., 8 déc. 2014, n°1655, p 76 ; P.-Y. VERKINDT, « Le traitement social des restructurations et réorganisations d'entreprises : l'impératif de protection de la santé des travailleurs », Gaz. Pal. 2013, n° 234, p. 16 ; E. LAFUMA, « Distinguer utilité et qualité de l'expertise », in J.-B. COTTIN et E. LAFUMA, « CHSCT : quel contrôle de l'expertise ? », RDT 2013, p. 379 ;

² H. GUYOT, art. préc.

sur l'employeur qui « *lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs [et] (...) lui (...) interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés* »¹.

Enfin, l'une des évolutions récentes du droit de la santé et de la sécurité au travail est la prise en compte de la nécessité de préserver tant la santé physique que mentale des salariés². La prise en compte des risques psychosociaux est en plein essor³, comme en témoignent les ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail et celui du 26 mars 2010 relatif au harcèlement et à la violence au travail, tous deux étendus par arrêté ministériel⁴. Or, il semble difficilement contestable que l'annonce d'un projet de grand licenciement économique constitue un facteur non négligeable de stress et partant de concrétisation de risques psychosociaux, à l'instar de nombre de restructurations destructrices ou non d'emploi.

À ce titre, l'ANI du 26 mars 2010 stipule qu'« *en cas de réorganisation, restructuration ou changement de périmètre de l'entreprise, celle-ci veillera à penser, dans ce nouveau contexte, un environnement de travail équilibré.* »⁵. De même, le rapport portant sur les incidences des restructurations sur la santé des travailleurs commandé par la Commission européenne préconise la mise en place d'une « *gestion des risques avant, pendant et après la restructuration, dans le but de réduire ses éventuels effets néfastes sur la santé et la sécurité des travailleurs* » et estime qu'il appartient aux employeurs d'« *anticiper les besoins de restructuration en s'assurant que leurs salariés ont reçu les moyens pour l'affronter (...) et que les salariés et leurs représentants devaient engager un processus visant à faire face à la restructuration* »⁶. Ce rapport souligne de surcroît que la réussite d'une opération de restructuration implique qu'elle soit accompagnée d'un plan de promotion de la santé et du bien-être au travail⁷. Le succès d'une telle opération peut en effet être compromis si ne sont pas prises en compte ses répercussions sur la santé, la sécurité et les conditions d'emploi et de

¹ Cass. soc., 5 mars 2008, Bull. civ. V, n° 46 ; JCP E 2008, 1834, note M. BABIN.

² En ce sens, L. LAFUMA, art. préc.

³ V. not. P. MORVAN, « La mode des risques psychosociaux », Dr. soc. 2013, p. 965.

⁴ ANI du 2 juil. 2008, sur le stress au travail étendu par l'arrêté du 23 avril 2009 portant extension d'un accord national interprofessionnel sur le stress au travail, JO du 6 mai 2009, p. 7632 ; ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail étendu par l'arrêté du 23 juillet 2010 portant extension d'un accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail, JO du 6 mai 2009, p. 7632.

⁵ ANI du 26 mars 2010, préc., art. 4.

⁶ Rapport HIREs, *La santé dans les restructurations : approches innovantes et recommandations de principe*, résumé in Liaisons soc. Europe, 1^{er}-14 oct. 2009, n° 2, p. 5. Ce rapport est le premier à avoir pour objet les conséquences des restructurations sur la santé et la sécurité des travailleurs. Il s'appuie pour partie sur des études scientifiques sur le sujet et a été coordonné par des scientifiques. Il a été commandé par la Commission européenne et rendu public le 15 janvier 2009.

⁷ Rapp. HIREs, préc.

travail des salariés ce qui peut entraîner absentéisme, *turn over* ou dégradation de la confiance et de la loyauté envers l'employeur autant de facteurs susceptibles d'affecter la productivité et la compétitivité de l'entreprise¹.

À cet égard, l'ANI du 19 juin 2013, étendu par arrêté du 15 avril 2014, sur la qualité de vie au travail affirme que « *la question du travail fait partie intégrante des objectifs stratégiques de l'entreprise et doit être prise en compte dans son fonctionnement quotidien afin, notamment, d'anticiper les conséquences des mutations économiques* »². Par ailleurs, la loi du 5 mars 2014 autorise les partenaires sociaux de l'entreprise à conclure un accord majoritaire d'une durée de trois ans permettant de regrouper dans une négociation unique dite de « qualité de vie au travail » tout ou partie des négociations obligatoires³

Au regard de l'obligation de sécurité de résultat pesant sur l'employeur, l'anticipation et la prévention des risques susceptibles de découler d'une décision de grand licenciement collectif s'impose à lui, anticipation et prévention à laquelle dans une certaine mesure la consultation du CHSCT sur les projets de grands licenciements collectifs participe.

L'essor observé ces dernières années du contrôle par le CHSCT des décisions de restructuration, et notamment de celles consistant à prononcer un grand licenciement collectif, ne s'explique pas seulement par les évolutions inhérentes au droit à la santé et à la sécurité au travail. Il résulte en partie également de la souplesse de l'encadrement légal de la consultation du CHSCT et la faculté de recourir à un expert en cas de « risqué grave » et de « projet important » concepts vagues permettant aux représentants du personnel ou aux syndicats d'instrumentaliser la saisine du (ou des) CHSCT et le recours à un (ou plusieurs) expert(s) afin de retarder la mise en œuvre d'un projet de compression des effectifs notamment en obtenant sa suspension en référé pour des raisons parfois dilatoires⁴. Par ailleurs, le rôle croissant du CHSCT en matière de restructurations et notamment de projet de licenciement collectif, s'explique également en partie par l'interprétation constructive, qualifiée parfois d'extensive, dont a été l'objet l'obligation de consulter le CHSCT sur un projet important affectant les conditions de santé et de sécurité et les conditions de travail par la Cour de cassation⁵.

¹ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*

² ANI du 19 juin 2013, vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle, préambule.

³ Loi n° 2014-288, du 5 mars 2014, préc., art. 33, l'expérimentation court jusqu'au 31 décembre 2015.

⁴ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 396.

⁵ P.-Y. VERKINDT, articles précités.

La loi du 14 juin 2013 n'a pas modifié les textes relatifs à l'obligation d'informer et de consulter le CHSCT sur tout projet important affectant les conditions de santé, de sécurité et de travail des salariés, textes toujours en vigueur et applicables en matière de restructuration et aux procédures de licenciement collectif engagée avant le 1^{er} juillet 2013 (1). Toutefois, afin de sécuriser la consultation du CHSCT en matière de grand licenciement collectif, elle a notamment créé un cas spécifique de consultation et de recours à l'expertise en cas de « restructuration et de compression des effectifs » et la possibilité de recourir à une expertise unique (2), autant d'innovations rationalisant le déroulé de la consultation du ou des CHSCT désormais strictement encadrée (3).

1 - L'obligation de consulter le CHSCT en cas de projet important affectant les conditions de santé, de sécurité et de travail des salariés

428. L'article L. 4612-8 du Code du travail impose à l'employeur de consulter le CHSCT avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité des salariés ou leurs conditions travail et dresse une liste indicative d'hypothèses dans lesquelles cette consultation est obligatoire¹.

Par ailleurs, l'article L. 4614-12 du Code du travail autorise le CHSCT à recourir à un expert agréé en présence d'un risque grave ou d'un projet important affectant les conditions de santé et de sécurité des travailleurs ou leurs conditions de travail². De toute évidence, une restructuration peut correspondre aux notions relativement vagues de projet ou d'aménagement important ayant des incidences sur la santé, la sécurité ou les conditions de travail des salariés et ce d'autant plus lorsqu'elle consiste à prononcer un grand licenciement collectif. De ce point de vue, la notion de projet important affectant les conditions de santé, de sécurité ou de travail des salariés est relativement floue, ce qui a imposé à la Cour de cassation de tenter de circonscrire le champ de la consultation obligatoire du CHSCT, mais surtout celui de la possibilité pour ce dernier de désigner un expert, l'essentiel du contentieux portant sur cette désignation.

¹ L'article L. 4612-8 du Code du travail vise ainsi notamment « toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail. ».

² Sur les conditions d'agrément des cabinets d'expertise, V. art. R. 4614-6 et s., C. trav. ; le dernier arrêté relatif à l'agrément des experts auprès du CHSCT a été pris le 7 janvier 2014 ; Arrêté du 7 janvier 2014 portant agrément des experts auxquels le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut faire appel, JO, du 15 janv. 2014, p. 696.

Certains auteurs ont pu regretter que la jurisprudence peine à circonscrire précisément ce concept afin d'offrir aux entreprises et aux représentants du personnel une grille de lecture leur permettant de déterminer s'il est ou non nécessaire de consulter le CHSCT, et surtout si ce dernier est habilité ou non à désigner un expert agréé pour l'assister, l'absence d'une telle grille de lecture étant source d'insécurité juridique¹. Cette insécurité juridique est dans une certaine mesure amplifiée par le fait que la Cour de cassation accorde aux juges du fond un pouvoir souverain pour apprécier si le projet de restructuration constitue ou non un projet important de nature à justifier le recours à un expert par le CHSCT et à imposer sa consultation².

Cependant, sous couvert de laisser au juges du fond une appréciation souveraine de l'importance du projet et de ces incidences sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés, la Cour de cassation a discrètement renforcé son contrôle sur cette notion et donné quelques éléments contribuant à la préciser³. Ainsi, a-t-elle indiqué que le nombre de salariés concernés par le projet de restructuration ne définit pas à lui seul l'importance du projet conditionnant la compétence du CHSCT et la faculté pour lui de désigner un expert. Il ne s'agit que d'un indice qui doit être pris en compte mais qui n'est pas déterminant⁴ et ne saurait à lui seul exclure le droit à être consulté d'un CHSCT⁵. Le recours à la technique du faisceau d'indices pour caractériser l'existence d'un projet important affectant la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés contribue dans une certaine mesure à l'insécurité juridique entourant cette notion.

Toutefois, il se dégage de la jurisprudence que pour imposer la consultation du CHSCT et permettre le recours par ce dernier à un expert, au-delà du nombre de salariés concernés par le projet qui constitue un indice de l'importance de ce dernier, le critère principal est l'importance des répercussions sur la santé, la sécurité ou les conditions de travail des salariés⁶. Outre une analyse « quantitative », une analyse « qualitative » de l'importance du projet et surtout de ses incidences sur les conditions de santé, de sécurité et

¹ J.-B. COTTIN, art. préc et note sous Cass. soc., 29 sept. 2009, JCP S 2009, 1586.

² Cass. soc., 29 sept. 2009, Bull. civ. V, n° 211 ; JCP S 2009, 1586, note J.-B. COTTIN ; JCP E 2009, 2070, note S. BEAL et A. DODIN.

³ J.-B. COTTIN, art. et note préc. ; M. VERICEL, note sous Cass. soc., 10 fév. 2010, RDT 2010, p. 380 ; E. LAFUMA, art. préc. L. PECAUT-RIVOLIER, note sous Cass. soc. 30 juin 2010, Dr. soc. 2010, p. 1006.

⁴ Cass. soc., 10 fév 2010, Bull. civ. V, n° 40 ; M. VERICEL, note préc. ; JCP S 2010, 1142, note J.-B. COTTIN.

⁵ Cass. soc., 30 juin 2010, Bull. civ. V, n° 156 ; note L. PECAUT-RIVOLIER, préc. ; JCP S 2010, 1458, note J.-B. COTTIN. En l'espèce un projet de 80 licenciements concernait deux établissements, il ressort de l'arrêt que le CHSCT de l'établissement où n'étaient projetées « que » 19 ruptures devait être consulté au titre de l'article L. 4612-8 du Code du travail.

⁶ En ce sens, L. PECAUT-RIVOLIER, note préc. ; J.-B. COTTIN, note préc.

de travail des salariés doit être réalisée par les juges du fond pour déterminer si ledit projet est justiciable des articles L. 4612-8 et L. 4614-2, 2°, du Code du travail¹. Le critère essentiel est l'importance de l'impact du projet sur la situation des salariés et la nature des modifications envisagées², critères le plus souvent satisfaits par les projet de restructuration induisant un grand licenciement collectif. En effet, le nombre de salariés concernés par le licenciement collectif est relativement important, compression d'effectifs qui induit possiblement des répercussions sur les conditions de travail des salariés « rescapés », sur leur santé et leur sécurité

La casuistique induite par l'appréciation souveraine des juges du fond de l'importance du projet, soumise tout de même à au contrôle de la Cour de cassation, est une source d'insécurité juridique nuisible aux entreprises et peut donner lieu à des « batailles judiciaires » autour de la faculté de désigner un expert qui retardent d'autant la mise en œuvre du projet³.

Non seulement la notion de « *projet important* » peut être l'objet de diverses interprétations mais de surcroît la frontière entre projet important modifiant les conditions de santé, de sécurité et/ou de travail des salariés, et « *risque grave* » justifiant le recours par le CHSCT à un expert n'est pas franchement étanche, particulièrement pas en matière de restructuration destructrice d'emploi. En effet, un projet de restructuration impliquant une décision de grand licenciement collectif est également susceptible de constituer un risque grave de nature à autoriser le CHSCT à recourir à un expert. La mise en œuvre d'une telle décision est ainsi susceptible de générer des risques psychosociaux d'une part lors du processus décisionnel précédant la notification des ruptures dans la mesure où un climat d'insécurité et de tension règne dans l'entreprise : les salariés ne sachant s'ils vont ou non « faire partie de la charrette » sont placés dans un état de stress, potentiel source d'accidents, de dépression et autre troubles de la santé mentale. D'autre part, une fois l'opération de compression des effectifs réalisée, la possibilité que pèse sur les salariés « rescapés » un risque grave d'ordre psychosocial ne peut être écarté : stress accru du fait de la dégradation des conditions de travail résultant de la réduction des effectifs induisant reports de charge de travail et accélération des cadences, la réalisation de la restructuration accentuant la pression

¹ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 401 ; J.-B. COTTIN, note préc. ; note S. BEAL et A. DODIN, préc. ; P.-H. D'ORNANO, « La consultation du CHSCT en cas d'aménagement important modifiant les conditions de travail », JCP S 2010, 1286.

² J.-B. COTTIN, note préc. ; L. PECAUT-RIVOLIER, note préc. ; M. VERICEL, note préc.

³ Pour un panorama de la jurisprudence et notamment de celle des juridictions du fond, V. J.-B. COTTIN, « Panorama jurisprudentiel sur l'expertise du CHSCT (2010/2011) », JCP S 2011, 1437 ; S. BEAL, A. FERREIRA et O. RAULT, « Le CHSCT : une instance en devenir », JSL 4 sept. 2007, n° 207, p. 9 ; P.-H. ORNANO, art. préc. ; P. MORVAN, *op. préc.*, p. 401 et s.

pesant sur les salariés augmentant ainsi le risque de mortalité dû à des troubles cardiovasculaires¹, de dépression, le risque de suicides, etc.

Un projet de restructuration consistant à envisager un grand licenciement collectif est donc susceptible d'autoriser le recours par le CHSCT à un expert soit au titre « d'un projet important » soit au titre d'un « risque grave » qu'il constitue, étant précisé que ces deux cas d'expertise ne sont pas soumis au même régime juridique. Ainsi, si l'expertise « projet important » doit être réalisée dans un délai d'un mois susceptible d'être porté à quarante-cinq jours², tel n'est pas le cas de l'expertise « risque grave » qui n'est pour sa part enserrée dans aucun délai, ce qui peut permettre aux représentants du personnel de retarder d'autant la mise en œuvre du projet de grand licenciement collectif...

429. Cette insécurité juridique est de surcroît renforcée lorsque l'employeur envisage une restructuration impliquant le prononcé d'un licenciement collectif affectant plusieurs établissements dans lesquels est implanté un CHSCT. En effet, tous les CHSCT concernés doivent être consultés sur le projet, à condition bien sûr qu'il affecte de manière importante les conditions de santé, de sécurité et de travail des salariés de l'établissement. Ainsi, en l'absence de CHSCT unique compétent pour l'ensemble des sites concernés par un projet important modifiant les conditions de santé, de sécurité et de travail des salariés de différents établissements, le projet excédant nécessairement les prérogatives de chacun des CHSCT, l'employeur est tenu de consulter tous les CHSCT des sites affectés par le projet³ ; chacun d'entre eux étant habilité à désigner un expert pour qu'il l'aide à apprécier les répercussions sur la santé, la sécurité et/ou les conditions de travail des salariés qu'il représente et les moyens de prévention des risques induits par ces répercussions. Les incidences d'un projet de restructuration consistant notamment à prononcer un grand licenciement collectif peuvent en effet être très différentes d'un établissement à l'autre.

La possible multiplication des expertises susceptibles d'être demandées par plusieurs CHSCT sur un même projet, expertise aux frais de l'entreprise (le CHSCT n'ayant ni ressources ni patrimoine)⁴, est vivement critiquée. D'une part, elle peut se révéler extrêmement onéreuse pour l'entreprise. A titre d'exemple, la restructuration de France

¹ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 396.

² Art. R. 4614-18, al. 1^{er}, C. trav.

³ Cass. soc., 30 juin 2010, *préc.* ; Cass. soc., 10 juil. 2013, n° 12-17.196, à paraître au Bulletin.

⁴ Art. L. 4614-13, al. 1^{er}, C. trav.

Telecom a donné lieu à 247 expertises distinctes¹, et ce alors même que l'entreprise peut connaître des difficultés économiques graves justifiant le projet de grand licenciement collectif. D'autre part, le recours par plusieurs CHSCT à un expert à propos d'un même projet peut se solder par le fait que les diverses expertises aboutissent peu ou prou aux mêmes conclusions. Enfin, la multiplication des expertises sollicitées par plusieurs CHSCT, et les possibles incidents judiciaires qu'elle peut entraîner (contestation par l'employeur de la nécessité de recourir à un expert, discussion sur le montant de ses honoraires, recours à l'encontre de l'employeur qui entraverait le bon déroulement de l'expertise, etc.), contribuent à allonger d'autant la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de restructuration induisant un grand licenciement collectif et partant à retarder la mise en œuvre dudit projet, renforçant un peu plus l'insécurité juridique entourant cette procédure...

L'insécurité juridique relative à la nécessité de consulter le CHSCT sur un projet de grand licenciement collectif résultant du flou relatif entourant les concepts de projet important et de risque grave se trouve, grâce à la loi du 14 juin 2013, désormais circonscrite aux projets de licenciement collectif antérieurs à son entrée en vigueur. Elle a en effet indirectement, créé un nouveau cas de consultation obligatoire du CHSCT dédié aux restructurations et compressions des effectifs.

2 - Les innovations apportées par la loi de sécurisation de l'emploi

La loi de sécurisation de l'emploi a instauré un nouveau cas de recours par le CHSCT à un expert agréé dédié à l'hypothèse d'une restructuration impliquant une compression d'effectifs (a). De même, les difficultés liées à la faculté pour chaque CHSCT concerné par un tel projet de désigner un expert différent devraient se trouver elles-aussi circonscrites aux projets de grand licenciement précédant à l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, cette dernière ayant instauré la possibilité que soit recouru à une expertise unique lorsqu'un projet de restructuration et de compression des effectifs concerne plusieurs établissements de l'entreprise (b).

¹ Source : E. LAFUMA, art. préc.

a - L'obligation de consulter le CHSCT et le possible recours à un expert pour l'assister en présence d'un projet de grand licenciement collectif

430. Pour ce qui concerne les projets de grand licenciement collectif soumis à la loi du 14 juin 2013¹, c'est-à-dire ceux faisant l'objet d'une procédure d'information/consultation engagée à compter du 1^{er} juillet 2013², il n'y aura pas polémique possible sur l'obligation pour l'employeur d'informer et de consulter le CHSCT, pas plus que sur le droit de ce dernier de recourir à l'assistance d'un expert pour l'analyse du projet de licenciement. En effet, l'article L. 4614-12-1 du Code du travail, créé par la loi de sécurisation de l'emploi, reconnaît le droit aux CHSCT de recourir à un expert agréé dans le cadre de sa consultation sur « *un projet de restructuration et de compression des effectifs mentionné à l'article L. 2323-15* » du Code du travail, et encadre très précisément les délais dans lesquels doivent être réalisées l'expertise et la consultation. L'impact indéniable sur la santé et la sécurité des travailleurs des restructurations, et particulièrement de celles emportant une réduction des effectifs, est ainsi légalement reconnu, ce que l'on ne peut qu'approuver³. Les employeurs ne pourront donc plus contester la compétence du CHSCT en la matière, ou la possibilité pour ce dernier de recourir à un expert, dans la mesure où celles-ci sont consacrées par l'article L. 4614-12-1 du Code du travail, ce qui devrait ainsi assécher le contentieux relatif à la notion de « projet important » en cas de restructuration destructrice d'emploi. En effet, la reconnaissance légale de la nécessaire implication du CHSCT dans les projets de restructuration et de compression des effectifs impose à l'employeur en amont de la mise en œuvre du projet d'impliquer le CHSCT, écartant désormais en la matière tout débat tant sur le caractère important ou non du projet que sur ses incidences sur les conditions de santé, de sécurité et/ou de travail des salariés. Dès lors qu'une restructuration impliquant un projet de grand licenciement collectif est envisagée, l'employeur est tenu de consulter le CHSCT qui a pour sa part la faculté de recourir à un expert pour l'éclairer sur ledit projet, ses impacts sur la situation des salariés et les mesures de prévention à mettre en œuvre. À ce titre, l'instruction DGEFP du 19 juillet 2013 heureusement dépourvue de portée normative, fait une fausse analyse du droit issu de la loi de sécurisation de l'emploi en indiquant que la consultation du CHSCT est facultative en

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² Une procédure de grand licenciement collectif est réputée engagée à la date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité d'entreprise mentionnée à l'article L. 1233-30 du Code du travail. Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 18-XXXIII.

³ En ce sens, P.-Y. VERKINDT, art. préc. ; F. COCHET, « L'expertise du CHSCT au lendemain de la loi du 14 juin 2013. Un enjeu majeur pour le dialogue social sur les questions du travail », Dr. soc. 2013, p. 733.

cas de grand licenciement collectif¹. Tel n'est absolument pas le cas, seul le recours à l'expert est facultatif, en revanche depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, la consultation du CHSCT sur les projets de restructurations et de compression des effectifs est pour sa part obligatoire.

Ainsi, lorsqu'un projet de grand licenciement collectif est envisagé dans une entreprise de cinquante salariés au moins, l'employeur doit informer et consulter le CHSCT et financer, le cas échéant, le recours à un expert sollicité par ce dernier dans le cadre de l'étude des répercussions du projet de restructuration et de compression des effectifs sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés. L'expertise éventuellement commandée par un ou plusieurs CHSCT sur un projet de restructuration impliquant la décision de mettre en œuvre un grand licenciement collectif est soumise à un régime juridique distinct de celui des expertises « risque grave » ou « projet important ». Elle est ainsi enserrée dans des délais nettement plus courts, toute contestation relative à cette expertise ne relève pas du juge judiciaire mais de l'Administration du travail sous le contrôle du juge administratif, afin que la procédure d'information/consultation des représentants du personnel appelés à contrôler un projet de grand licenciement collectif soumis à l'exigence d'un plan de sauvegarde de l'emploi soit « sécurisée » en assurant à l'employeur la maîtrise de sa durée. C'est pourquoi, il est essentiel de savoir si ce nouveau cas d'expertise introduit par la loi du 14 juin 2013 sur les projets de restructuration et de compression des effectifs épuise la faculté de recourir à un expert au titre du « projet important » ou du « risque grave » que constitue cette restructuration destructrice d'emploi, dans la mesure où la loi du 14 juin 2013 n'a pas modifié les articles L. 4612-8 et L. 4614-12 du Code du travail.

431. Un nouveau cas de recours à l'expertise exclusif de ceux prévus par l'article L. 4614-12 du Code du travail ? Pour ce qui concerne la faculté pour le CHSCT de recourir à un expert pour l'éclairer sur le « *projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail* », il semble au regard non seulement de l'esprit de la loi du 14 juin 2013 que de l'adage *Specilia generalibus derogant*, que le recours par le CHSCT à un expert sur le fondement de l'article L. 4614-12-1 du Code du travail exclut la possibilité de solliciter une expertise sur le projet important au titre de l'article L. 4614-12, 2°, du Code du travail. Cette hypothèse de recours à un expert agréé est en quelque sorte absorbée par celle

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

prévue à l'article L. 4614-12-1 du Code du travail¹. Si la proximité entre l'expertise sur « un projet important » et celle sur « un projet de restructuration et de compression des effectifs » est de nature à exclure la première au profit de la seconde spécialement dédiée à l'hypothèse d'une restructuration destructrice d'emploi et englobant par là-même celle d'un projet de grand licenciement collectif, le doute est en revanche permis s'agissant de l'expertise « risque grave ». En effet, nous l'avons vu, un projet de grand licenciement collectif peut constituer un risque grave pour la santé, notamment mentale, des salariés concernés par le projet, mais également de ceux qui y échapperont ; des risques notamment psychosociaux ne pouvant à ce titre être écartés.

À cet égard, on peut s'interroger sur la possibilité qu'en présence d'un projet de grand licenciement collectif, le droit du CHSCT à recourir à un expert au titre du « risque grave » que représente ce projet conserve son autonomie par rapport à l'expertise de l'article L. 4614-12-1 du Code du travail², permettant ainsi au CHSCT, si ce n'est de cumuler les deux expertises, du moins de « choisir » de recourir à l'une plutôt qu'à l'autre. Si l'intention du législateur de sécuriser les procédures de grand licenciement collectif semble y faire obstacle il apparaît toutefois qu'un CHSCT qui démontrerait l'existence d'un risque particulier puisse se voir reconnaître cette faculté. Il convient donc d'attendre une prise de position claire de la jurisprudence sur cette question.

Pour sécuriser la procédure de grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins en évitant que la durée réelle de celle-ci ne soit allongée par d'éventuelles contestations sur l'obligation de consulter le CHSCT et/ou sur son droit de recourir à une expertise, la loi de sécurisation de l'emploi ne s'est pas contentée de créer un nouveau cas de recours à l'assistance d'un expert dédié à l'hypothèse des projets de restructuration destructrice d'emplois. Elle a également transposé la stipulation de l'ANI du 11 janvier 2013 relative à la possibilité de recourir à une expertise unique en cas de projet concernant plusieurs établissements de l'entreprise et partant potentiellement plusieurs CHSCT³.

¹ En ce sens, P.-Y. VERKINDT, art. préc.

² En ce sens, P.-Y. VERKINDT, art. préc.

³ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 12, 7.

b - La faculté de recourir à une expertise unique grâce à la mise en place d'une instance de coordination des CHSCT

432. Possible expertise unique sur un projet concernant plusieurs établissements. La faculté de recourir à un expert agréé offerte à chaque CHSCT implanté dans un établissement concerné par un projet de grand licenciement collectif décidé au niveau d'une entreprise est, de longue date, l'objet de vives critiques du fait des coûts qu'elle implique¹, de l'allongement et de l'alourdissement de la procédure qu'elle induit, etc. C'est pourquoi l'ANI du 11 janvier 2013, qui n'avait pas conçu la création d'un cas spécifique de recours par le CHSCT à un expert agréé en cas de projet de restructuration et de compression des effectifs, stipule en revanche dans un souci de simplification de la procédure que « *Pour toute décision de l'entreprise conduisant à saisir le CHSCT, il est mis en place, si plusieurs établissements sont concernés par le même projet, une instance de coordination ad hoc issue de comités locaux qui, dans les cas prévus par la loi de recours à l'expertise par les CHSCT, fait appel, à une expertise unique.* »². La loi du 14 juin 2013 a repris ce principe d'une instance *ad hoc* permettant de mettre en place une expertise unique en cas de projet concernant différents établissements et a pris le soin d'en définir les modalités de composition, de fonctionnement et les prérogatives.³

En application de l'article L. 4616-1 du Code du travail, lorsque l'employeur envisage le prononcé d'un grand licenciement collectif et que ce projet concerne plusieurs établissements dont il est tenu de consulter chaque CHSCT au titre de l'article L. 4612-8 du Code du travail, il peut mettre en place une instance temporaire de coordination des divers CHSCT concernés par le projet afin que soit organisée une expertise unique par un expert agréé sur ledit projet⁴. Si l'ANI du 11 janvier 2013 avait prévu la possibilité de recourir à une

¹ Sur les honoraires des experts agréés, V. P. THOMAS et V. HAMEL, « Les honoraires des du comité d'entreprise et du CHSCT », JCP S 2013, 1405.

² ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 12, 7.

³ Art. L. 4616-1 et s. et R. 4616—1 et s., C. trav., étant précisé qu'un accord d'entreprise peut prévoir des modalités particulières de composition et de fonctionnement de l'instance. Pour des développements sur les modalités de mise en place de l'instance de coordination, sa composition, ses modalités de fonctionnement, etc. V. J.-B. COTTIN, « L'instance de coordination des CHSCT », JCP S 2013, 1264 ; L. PECAUT-RIVOLIER, « L'instance de coordination des CHSCT », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 302.

⁴ L'employeur ne devrait avoir pu mettre en place une telle instance de coordination que pour les projets de grand licenciement collectif envisagés à compter du 15 juin 2013, date d'entrée en vigueur de l'article 8, X, de la loi de sécurisation de l'emploi qui introduit un nouveau chapitre dans le Code du travail dédié à cette instance. Toutefois, si l'employeur a pu décider de recourir à cette instance dès le 15 juin 2013, seuls les projets de grand licenciement collectif dont la procédure a été engagée à compter du 1^{er} juillet 2013 sont soumis aux nouvelles dispositions relatives au déroulé de la procédure dans des délais prefix et au contrôle administratif. Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 18-XXXIII.

telle instance quel que soit l'objet de la consultation concernant plusieurs établissements¹, la loi de sécurisation de l'emploi limite pour sa part la possibilité de mettre en œuvre une expertise unique par ce biais à seulement quatre des consultations obligatoires du CHSCT, au titre desquelles figure celle relative à un aménagement important modifiant les conditions de santé, de sécurité et/ou de travail des salariés, fondement sur lequel le CHSCT doit être consulté en cas de projet de restructuration et de compression des effectifs².

Composée de l'employeur ou son représentant, des représentants des divers CHSCT concernés et d'autres personnalités, seulement dotées pour leur part d'une voix consultative, parmi lesquelles notamment l'inspecteur du travail et le médecin du travail³, cette instance ne constitue aucunement un CHSCT central. Il ne s'agit pas d'une nouvelle institution représentative du personnel, mais seulement d'une instance temporaire appelée à être mise en place lorsqu'un projet soumis à consultation du CHSCT concerne plusieurs établissements afin de permettre que ce projet soit l'objet d'une expertise unique. Toutefois, si cette instance de coordination ne constitue pas à proprement parler une nouvelle institution représentative du personnel, pas plus qu'un CHSCT central, peut-être faut-il y voir « un ballon d'essai »⁴, la création légale de cette instance pouvant constituer un prélude à l'instauration d'un CHSCT central dans le cadre de la réflexion en cours sur la réforme des institutions représentatives du personnel⁵.

433. Mission de l'instance de coordination. La mission de l'instance de coordination des CHSCT est très claire : il lui appartient d'organiser le recours à une expertise unique relative, pour ce qui nous intéresse ici, au projet de grand licenciement collectif concernant plusieurs établissements de l'entreprise. Elle dispose par ailleurs de la faculté d'émettre un

¹ A la lecture de la stipulation de l'article 12, 7 de l'ANI du 11 janvier 2013, la mise en place de l'instance *ad hoc* semblait même obligatoire dès lors qu'un projet commun à plusieurs établissements était envisagé, alors que la loi n'en fait qu'une faculté pour l'employeur.

² L'instance de coordination ne peut être réunie aux termes de l'article L. 4616-1, *in fine*, du Code du travail qu'au titre des consultations relatives à :

- une décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (art. L. 4612-8, C. trav.) ;
- un projet d'introduction et d'introduction de nouvelles technologies (art. L. 4612-9, C. trav.) ;
- un plan d'adaptation établi lors de la mise en œuvre de mutations technologiques importantes et rapides (art. L. 4612-10, C. trav.) ;
- une question relevant de la compétence du CHSCT dont il est saisi par l'employeur, le comité d'entreprise et les délégués du personnel, indépendamment des consultations obligatoires (art. L. 4612-13, C. trav.) et donc pas en cas de risque grave, ce qui est logique puisque ce dernier s'apprécie concrètement, et donc au plus près de l'établissement ..

³ Art. L. 4616-2, C. trav.

⁴ L. PECAUT-RIVOLIER, art. préc.

⁵ P.-Y. VERKINDT, art. préc.

avis sur le projet. Cet avis ne substitue pas à celui des différents CHSCT intéressés par le projet, auxquels il doit d'ailleurs être transmis¹, mais il s'y ajoute. L'employeur est en effet tenu d'informer et de consulter chaque CHSCT dont l'établissement est concerné par le projet de licenciement y compris lorsqu'il a mis en place une instance de coordination dont la mission se limite à organiser l'expertise unique sur le projet de grand licenciement collectif. La mise en place d'une instance de coordination des CHSCT aux fins de procéder à une expertise unique sur un projet concernant plusieurs établissements relève de la seule décision de l'employeur, rien ne l'oblige à en instituer une. Toutefois, eu égard aux économies qu'une telle instauration permet de réaliser, le gain de temps étant pour sa part nul puisque la consultation des CHSCT sur un projet de grand licenciement collectif est enserré dans un strict délai préfix, il semble probable que l'employeur décidera systématiquement d'y recourir, les frais de plusieurs expertises sollicitées par divers CHSCT pouvant être extrêmement coûteux.

Dans la mesure où l'instance de coordination des CHSCT doit lors de sa première réunion non seulement désigner l'expert qui sera amené à analyser le projet de grand licenciement collectif², ses possibles répercussions sur les conditions de santé, de sécurité et/ou de travail des salariés ainsi que les mesures préventives qu'il serait bon de mettre en place pour limiter les effets néfastes du projet sur la situation des salariés, mais également indiquer si elle souhaite ou non rendre un avis, il semble impératif que l'employeur ait au préalable informé les différents CHSCT concernés de son souhait de recourir à ladite instance³. L'instance étant composée notamment de représentants des différents CHSCT qui ne se connaissent pas forcément, il semble ainsi opportun que ces derniers puissent se rencontrer afin de préparer la première réunion de l'instance pour pouvoir lors de cette dernière proposer un ou plusieurs noms d'experts agréés et les soumettre à délibération, tout comme il est préférable que les représentants à l'instance aient eu l'occasion de débattre sur l'intérêt ou la nécessité que l'instance de coordination rende un avis⁴. De même, une telle réunion préparatoire à celle de l'instance de coordination pourrait être l'occasion pour les représentants du personnel de désigner parmi eux le secrétaire de l'instance de coordination⁵, secrétaire avec lequel l'employeur doit établir l'ordre du jour de la réunion de l'instance⁶.

¹ Art. L. 4616-5, C. trav.

² Art. L. 4616-3, C. trav.

³ En ce sens, J.-B. COTTIN, art. préc.

⁴ En ce sens, J.-B. COTTIN, art. préc.

⁵ Art. R. 4616-4, C. trav.

⁶ En application de l'article L. 4614-8 du Code du travail auquel renvoie l'article L. 4616-1 dudit code.

434. Incertitudes sur les effets du recours à l'instance de coordination des CHSCT.

La décision par l'employeur de recourir à l'instance de coordination des CHSCT mise en place pour permettre l'organisation d'une expertise unique sur un projet de grand licenciement collectif n'est pas sans soulever un certain nombre de questions, les textes légaux et réglementaires relatifs à cette instance étant relativement vagues. En premier lieu, on peut s'interroger sur l'existence d'un pouvoir accordé à l'instance de coordination d'appréciation de la nécessité ou de l'opportunité de recourir à une expertise unique. Est-il possible que lors de sa première réunion l'instance refuse de désigner un expert pour une expertise unique et que chaque CHSCT concerné par le projet puisse décider de recourir à un expert pour l'assister dans l'analyse des répercussions sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés qu'il représente ? Le texte de l'article L. 4616-1 du Code du travail est sur ce point relativement flou puisqu'il n'évoque jamais « la décision » de recourir à un expert qui serait prise par l'instance de coordination mais seulement le fait que cette dernière « *a pour mission d'organiser une expertise unique* ». Il semble ainsi que l'instance de coordination n'a aucun pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de recourir à une expertise unique¹. Dès lors qu'elle est mise en place par l'employeur et convoquée par ce dernier pour organiser une expertise sur un projet de grand licenciement collectif affectant plusieurs établissements, le recours à une expertise unique est automatique². La seule marge de manœuvre accordée à l'instance est de choisir l'expert qui la réalisera, ce qui peut paraître dans une certaine mesure paradoxal. En effet, le droit de décider de recourir (ou non) à un expert appartient aux seuls représentants du personnel. Or, dès lors que l'employeur choisit de mettre en place une instance de coordination et de la convoquer pour qu'elle organise l'expertise unique relative au projet de restructuration et de compression des effectifs, les représentants du personnel n'ont en quelque sorte pas leur mot à dire, le recours à l'expertise est systématique³.

En second lieu, on peut s'interroger sur le caractère exclusif de la mise en place d'une expertise unique organisée par l'instance de coordination : cette expertise unique interdit-elle qu'un ou plusieurs CHSCT concernés par le projet sollicitent le recours à une expertise dédiée à apprécier les risques professionnels induits par la restructuration au sein de l'établissement dans lequel ils sont implantés ? La faculté de mettre en place d'une instance de coordination

¹ En ce sens, J.-B. COTTIN, art. préc.

² En ce sens, L. PECAUT-RIVOLIER, art. préc.

³ En ce sens, F. COCHET, art. préc.

aux fins de réaliser une expertise unique sur un projet commun à plusieurs établissements ayant pour objectif une simplification de la procédure d'information/consultation, il semble que l'intention tant des partenaires sociaux que du législateur, lorsqu'ils ont prévu la création de cette instance, était de déposséder les différents CHSCT locaux de leur droit de recourir à un expert pour l'examen des répercussions locales sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés employés dans l'établissement dans lequel ils sont implantés. Cela semble de surcroît confirmé par l'expression « *expertise unique* » visée tant par l'article L. 4616-1 du Code du travail, que par l'article 12.7 de l'ANI du 11 janvier 2013¹.

Toutefois, il semble envisageable qu'en sus de l'expertise unique sur le projet commun à plusieurs établissements, un CHSCT, qui démontrerait que les particularités de l'établissement dans lequel il est implanté ne sont pas prises en compte dans le cadre de l'expertise unique, devrait pouvoir solliciter le recours à un expert chargé de l'assister dans la prévention des risques professionnels propres à l'établissement dans lequel il est implanté². Dans la mesure où lorsqu'un employeur envisage un projet de licenciement collectif dans le cadre d'une restructuration de son entreprise, le recours à l'expertise sur le projet de restructuration et de compression des effectifs ne semble pas totalement exclure la possibilité qu'un CHSCT sollicite une expertise au titre du risque grave que constitue ce projet³, ... Il convient toutefois d'attendre une prise de position claire de la jurisprudence sur une telle possibilité.

L'instance de coordination des CHSCT a donc pour mission d'organiser l'expertise unique sur le projet de grand licenciement collectif. Si elle peut émettre un avis sur le projet, il s'agit là seulement d'une faculté. Cet avis ne se substitue pas à celui des différents CHSCT concernés par le projet, l'employeur devra en tout état de cause les consulter, après leur avoir transmis le cas échéant l'avis de l'instance de coordination. Afin de pallier l'insuffisance d'encadrement dont est l'objet la consultation du CHSCT possible source d'instrumentalisation de la procédure aux fins de retarder la mise en œuvre d'un projet de

¹ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 392.

² En ce sens, L. PECAUT-RIVOLIER, *art. préc.* ; en sens contraire, J.-B. COTTIN, *art. préc.* et P. MORVAN, *op. préc.*, p. 392.

³ Par exemple, si le site dans lequel le CHSCT est implanté est classé Seveso, il n'apparaît pas inconcevable que s'il démontre l'existence de risques propres à l'établissement que représente le projet de licenciement, le CHSCT puisse solliciter en sus de l'expertise unique sur le projet de restructuration et de compression des effectifs, une expertise locale au titre par exemple du risque grave, ou de la nécessité que soient prises en considération les caractéristiques propres de l'établissement dans le cadre d'une expertise locale sur la compression d'effectifs.

restructuration, la loi du 14 juin 2013 réglemeⁿte strictement cette proc^édure dans le cadre d'une consultation sur un projet de restructuration et de compression des effectifs en imposant notamment le respect d'un d^élai pr^éfix.

3 - Le strict encadrement du contr^ôle par le CHSCT des projets de grand licenciement collectif

435. La consultation du CHSCT sur un projet de grand licenciement collectif doit avoir un effet utile. Le CHSCT doit ^être mis en mesure de donner un avis sur le projet ^étant pr^écis^é qu'il est consult^é non pas sur le projet ^économique en lui-m^ême, ni sur la compression d'effectif qu'induit la restructuration, ce qui rel^ève de la comp^étence du comit^é d'entreprise. L'objet de la consultation du CHSCT est de lui permettre de se prononcer sur les risques professionnels qu'induisent les modifications des conditions de sant^é, de s^écurit^é et de travail des salari^és du fait du projet de grand licenciement collectif et surtout de proposer des mesures d'accompagnement de ces changements afin que soit pr^éserv^ée au mieux la sant^é et la s^écurit^é des travailleurs. Le CHSCT peut ainsi sugg^érer la mis en ^œuvre d'actions pour r^éduire les risques professionnels r^ésultant du projet de grand licenciement collectif en proposant des mesures d'accompagnement des mobilit^és par exemple, notamment en termes de formation et d'adaptation aux nouvelles conditions de travail ou aux transformations d'emploi r^ésultant du projet afin de minimiser le risque d'accident une fois la restructuration r^éalis^ée.

S'il n'a pas vocation ^à se prononcer sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, le CHSCT est habilit^é en revanche ^à faire des propositions relatives aux mesures envisag^ées pour ^éviter les licenciements ou en limiter le nombre telles qu'une nouvelle organisation du travail, le recours ^à des mobilit^és internes qu'elles soient professionnelles ou g^éographiques, la mise en place d'une nouvelle r^épartition de la dur^ée du travail, etc., afin que soit prise en compte dans l'^élaboration de ces mesures la n^écessit^é de prot^éger la sant^é physique et mentale des salari^és et leur s^écurit^é. Il peut ainsi sugg^érer que soient renforc^ées les actions de formation et d'adaptation des salari^és ^à leur nouveau poste ou ^à leurs nouvelles conditions d'emploi et de travail, que la mise en ^œuvre du projet se fasse selon un calendrier permettant d'att^énuer l'impact sur la sant^é et la s^écurit^é et les conditions de travail des salari^és « rescap^és », etc. Pour qu'il puisse utilement et effectivement remplir sa mission de mani^{ère} efficiente, le CHSCT doit b^én^éficier d'une information pr^éalable (a), que la facult^é de recourir

à un expert agréé pourra l'aider à analyser notamment pour l'éclairer sur les améliorations en termes de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs qu'il pourrait proposer (b), lui permettant ainsi d'exprimer son avis dans les délais prévus encadrant sa consultation sur un projet de grand licenciement collectif (c).

a - Le droit du CHSCT à une information préalable suffisante

436. L'article L. 4614-9 du Code du travail impose à l'employeur de communiquer au CHSCT, et le cas échéant à l'instance de coordination¹, « *les informations qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions, ainsi que les moyens nécessaires à la préparation et à l'organisation des réunions* », étant précisé que les membres du CHSCT, tout comme ceux de l'instance de coordination, sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations ayant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur. L'employeur est donc tenu de délivrer au(x) CHSCT, et le cas échéant à l'instance de coordination, toutes les informations requises pour que sa consultation puisse être utile.

L'information préalable à la consultation relative à un projet de grand licenciement collectif impose à l'employeur de procéder à une analyse du projet de restructuration en évaluant de manière anticipée ses potentielles répercussions sur la santé tant physique que mentale des salariés, leur sécurité et leurs conditions de travail. L'employeur ne saurait se contenter de délivrer au CHSCT la même information que celle qu'il est tenu d'apporter au comité d'entreprise, leurs consultations complémentaires n'ayant pas le même objet. Il appartient dès lors à l'employeur de réaliser une analyse prospective des incidences sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés de la mise en œuvre d'une restructuration impliquant le prononcé d'un grand licenciement collectif. Il doit ainsi réaliser une sorte de projection en termes d'appréciation des risques et informer le CHSCT des mesures qu'il envisage de mettre en œuvre pour réduire ces risques. Il s'agit de permettre au CHSCT de savoir quels sont les modifications induites par la restructuration sur les conditions d'emploi et de travail des salariés et particulièrement leur santé et leur sécurité, ainsi que les risques professionnels qu'elle est susceptible de générer, pour pouvoir proposer les mesures adéquates pour préserver la santé et la sécurité des travailleurs et minimiser autant que possible les risques professionnels induits par le projet de grand licenciement collectif.

¹ L'article L. 4616-4 du Code du travail dispose que « *Les articles L. 4614-1, L. 4614-2, L. 4614-8 et L. 4614-9 s'appliquent à l'instance de coordination.* ».

L'efficacité de la consultation du CHSCT et du contrôle de projet de grand licenciement collectif par ce dernier est subordonnée à la transmission par l'employeur de toutes les informations requises pour que le CHSCT puisse utilement exercer sa mission de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Or, il n'est pas rare que la projection que doit réaliser l'employeur sur l'évaluation des risques susceptibles de découler de l'opération soit réalisée très sommairement par ce dernier qui, selon un auteur, « s'en remet volontiers par avance au travail de l'expert que le CHSCT ne manquera pas de désigner »¹. Or, si l'employeur délivre au CHSCT une information insuffisante dans l'espoir qu'elle soit complétée par le rapport de l'expert, la consultation du CHSCT sera irrégulière, comme l'a décidé la Cour de cassation². L'information délivrée au CHSCT doit se suffire à elle-même pour qu'il puisse rendre un avis éclairé, le recours à un expert n'étant qu'une faculté offerte au CHSCT pour l'éclairer grâce à une analyse distincte de celle réalisée par l'employeur sur les répercussions du projet de restructuration sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés. L'employeur ne saurait donc se décharger de son obligation d'information préalable sur le futur rapport de l'expert pour alléger son obligation d'information³.

Si l'employeur ne délivre pas au(x) CHSCT ou à l'instance de coordination une information suffisante, ils pourront saisir l'Administration du travail sur le fondement de l'article L. 1233-57-5 du Code du travail d'une demande d'injonction de leur transmettre les éléments d'information qui font défaut, l'Administration disposant alors de cinq jours pour enjoindre l'employeur à délivrer les informations requises pour que la consultation du CHSCT soit régulière.

Afin d'être éclairé dans l'analyse des répercussions du projet de grand licenciement collectif sur la santé, la sécurité et les conditions d'emploi et de travail des salariés et de pouvoir proposer des mesures adéquates pour minimiser les risques professionnels induits par la restructuration, le CHSCT peut recourir à un expert agréé.

¹ G. LOISEAU, note sous Cass. soc., 25 sept. 2013, JCP S 2013, 1447.

² Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-21.747, à paraître au Bulletin, JCP S 2013, 1447, note G. LOISEAU, préc.

³ En ce sens également, G. LOISEAU, note préc.

b - La faculté de recourir à un expert agréé et l'encadrement de l'expertise sollicitée par le CHSCT ou l'instance de coordination

437. Le CHSCT, ou l'instance de coordination le cas échéant, a la faculté de désigner un expert pour l'assister dans l'analyse du projet de grand licenciement collectif¹. Pour les procédures de licenciement antérieures à l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, ce recours est possible au titre de l'article L. 4614-12 du Code du travail une telle opération étant susceptible de constituer un « *projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail* »², voire d'induire un risque grave pour la santé et la sécurité des travailleurs³. Dans une telle hypothèse, toute contestation relative à la faculté de recourir à un expert pour le CHSCT à l'expert désigné, au montant de ces honoraires, etc. relève du juge judiciaire, l'employeur étant habilité à saisir le juge des référés sur ces questions⁴.

Pour ce qui concerne les projets de grand licenciement collectif soumis aux dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi⁵, c'est au titre de l'article L. 4614-12-1 du Code du travail que le(s) CHSCT, ou l'instance de coordination, peuvent décider de recourir à un expert agréé dans le cadre de leur consultation sur le projet de restructuration et de compression des effectifs. Afin de sécuriser la procédure d'information/consultation du CHSCT et d'éviter que le recours à un expert ne soit utilisé aux fins de retarder la mise en œuvre du projet, outre la possibilité d'une expertise unique organisée par l'instance de coordination sur le projet de grand licenciement collectif affectant plusieurs établissements, la loi du 14 juin 2013 a strictement encadré les modalités de l'expertise sur le projet de licenciement. Ainsi, l'expert (ou les experts le cas échéant) doit-il être désigné au cours de la première réunion du CHSCT ou de l'instance de coordination⁶. Dans la mesure où l'article L. 4614-12-1 du Code du travail créé un cas de recours à l'expertise par le CHSCT dédié aux restructurations et compressions d'effectif, l'employeur ne devrait pas pouvoir contester la

¹ Art. L. 4612-8 et L. 4614-12-1 C. trav.

² Art. L. 4614-12, 2°, C. trav.

³ Art. L. 4614-12, 1°, C. trav.

⁴ En application de l'article R. 4614-19 du Code du travail applicable au recours à l'expert fondé sur « un projet important » en cas de projet de licenciement non assujéti aux dispositions issues de la loi de sécurisation de l'emploi, loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc.

⁵ C'est-à-dire aux procédures de grand licenciement collectif engagées à compter du 1^{er} juillet 2013 ; une procédure de grand licenciement collectif étant réputée engagée à la date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité d'entreprise mentionnée à l'article L. 1233-30 du Code du travail. Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 18-XXXIII.

⁶ Art. L. 4614-12-1, C. trav.

nécessité ou la faculté pour le CHSCT de désigner un expert en cas de grand licenciement collectif, pas plus qu'il ne saurait refuser le recours à un expert par le CHSCT en invoquant le fait qu'il a déjà fait réaliser une expertise¹. En revanche, tant que le projet de licenciement n'a pas été validé ou homologué par l'Administration du travail, il peut contester les modalités de l'expertise et devra pour ce faire saisir non pas le juge judiciaire mais l'autorité administrative qui devra se prononcer dans un délai de cinq jours². Il peut ainsi saisir l'Administration afin de contester le montant des honoraires de l'expert au vu du travail fourni par ce dernier mais ne devrait en revanche pas être habilité à remettre en cause le choix de l'expert désigné par le CHSCT. En effet, à propos du recours à l'expertise en cas de projet important, la Cour de cassation estime que le choix de l'expert relève du seul CHSCT, ce dont elle déduit que, sauf abus manifeste, les juges n'ont pas à contrôler le choix de l'expert dès lors qu'il a été réalisé conformément aux dispositions de l'article L. 4614-12 du Code du travail parmi les experts agréés³. Il semble probable que cette position soit également retenue par l'Administration du travail s'agissant du recours à un expert sur le fondement de l'article L. 4614-12-1 du Code du travail à propos d'un projet de grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins.

438. Une fois l'expert désigné, ce dernier dispose « d'un droit d'accès » aux établissements concernés par le projet, l'employeur ne pouvant s'opposer à l'entrée de l'expert dans l'entreprise⁴. Il est par ailleurs tenu de fournir à l'expert tous les documents et informations nécessaires pour qu'il puisse réaliser son expertise et que celle-ci ait un effet utile en éclairant les représentants du personnel sur les risques sur la santé physique et mentale et la sécurité des salariés que le projet de grand licenciement collectif pourrait générer, ainsi que sur les mesures à mettre en œuvre pour réduire ces risques et accompagner les salariés pour qu'ils puissent faire face « sereinement » aux changements induits par le projet. Si d'aventure l'employeur ne transmettait pas à l'expert l'ensemble des informations requises pour que ce dernier puisse mener à bien sa mission, l'Administration du travail pourrait être saisie afin d'enjoindre à l'employeur de les lui fournir. Elle devra traiter la demande d'injonction dans les cinq jours et, si elle y fait droit, déterminer le délai dans lequel

¹ Cass. soc., 18 déc. 2012, n° 11-17.634, inédit, cet arrêt a été rendu sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 14 juin mais cette position jurisprudentielle devrait vraisemblablement survivre à son entrée en vigueur.

² Art. L. 4614-13, C. trav.

³ Cass. soc., 8 juil. 2009, Bull. civ. V, n° 183 ; Cass. soc., 18 déc. 2012, préc.

⁴ Art. L. 4214-13 et R. 4616-10 C. trav.

l'employeur est tenu de les transmettre¹. Il s'agit là encore d'éviter le possible recours au juge des référés pour obtenir la suspension de la procédure, et de fait l'allonger d'autant, recours au juge des référés qui reste possible en revanche pour les expertises diligentées dans le cadre de l'article L. 4614-12 du Code du travail.

439. Surtout, pour sécuriser la procédure et notamment permettre à l'employeur de « maîtriser le temps », la loi du 14 juin 2013 enserme dans un délai relativement court la remise du rapport de l'expert. Ce dernier doit présenter son rapport quinze jours avant l'expiration du délai mentionné à l'article L. 1233-30 du Code du travail, à savoir le délai dans lequel le comité d'entreprise doit s'être prononcé sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif, délai qui varie entre deux et quatre mois, selon l'ampleur du projet de licenciement, à compter de la première réunion du comité d'entreprise sur ledit projet, étant précisé que la non remise du rapport de l'expert ne saurait prolonger le délai prévu de l'article L. 1233-30 du Code du travail². Dans la mesure où le CHSCT doit en principe être consulté avant le comité d'entreprise, il pourrait être souhaitable que la procédure d'information/consultation du CHSCT, et avec elle le recours à l'expertise, sur un projet de grand licenciement collectif, soit engagée en amont de celle du comité d'entreprise afin de laisser davantage de temps à l'expert et au(x) CHSCT pour analyser le projet, condition indispensable à l'efficacité du contrôle des répercussions du projet sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés et à la possibilité pour le CHSCT de faire des propositions concrètes pour réduire les risques professionnels qu'il induit.

En effet, si la désignation de l'expert par le CHSCT ou l'instance de coordination pour analyser le projet de grand licenciement collectif intervient peu de temps avant la première réunion du comité d'entreprise, l'expert ne disposera que d'environ un mois et demi pour remettre son rapport si moins de cent licenciements sont envisagés, d'environ deux mois et demi en cas de projet envisageant entre cent et deux-cent-quarante-neuf licenciements et d'environ trois mois et demi lorsque deux-cent-cinquante licenciements au moins sont projetés³. Ces délais semblent trop brefs pour assurer l'utilité et l'efficacité de la consultation du CHSCT tenu de rendre son avis au plus tard à l'expiration du délai fixé à l'article L. 1233-30 du Code du travail⁴. Or, pour que sa consultation ait un effet utile il faut que son avis soit

¹ Art. L. 1233-57-5 et R. 4616-10, C. trav.

² Art. R. 4616-9, C. trav.

³ Art. L. 1233-30 et L. 4614-12-1 C. trav.

⁴ Art. L. 4614-12-1, C. trav.

rendu bien avant ce terme afin que le comité d'entreprise puisse se prononcer sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif en ayant à sa disposition l'avis du ou des CHSCT¹. Si l'on souhaite que la consultation du CHSCT ait une réelle utilité et puisse contribuer effectivement à la prise en compte de la nécessité de préserver la santé et la sécurité des salariés, il apparaît indispensable qu'il puisse rendre son avis suffisamment tôt pour que le comité d'entreprise ait le temps de l'étudier et de le prendre en compte pour rendre le sien avant l'expiration des délais prévus de l'article L. 1233-30 du Code du travail², ce qui implique que l'expert devra rendre son rapport bien avant la fin du délai imparti...

En pratique, si la procédure d'information/consultation du CHSCT ne débute pas suffisamment en amont de celle du comité d'entreprise, l'expert sera tenu de rendre son rapport dans des délais relativement brefs, qui semblent beaucoup trop courts pour qu'il puisse réaliser un travail d'expertise efficace. En effet, comme le souligne un auteur « contrairement à l'expert-comptable du comité d'entreprise qui travaille à partir d'une information économique, comptable et financière globalement préconstruite, l'expert du CHSCT doit construire lui-même le matériau à partir duquel il tentera de comprendre le travail réel de l'entreprise avant de pouvoir l'analyser puis de mesurer l'impact du projet envisagé sur les conditions de travail »³. Ainsi, pour pouvoir se faire une idée des répercussions du projet de grand licenciement collectif sur la santé et la sécurité des salariés, évaluer les risques, notamment psychosociaux, que le projet fait peser sur leur santé et leur sécurité, envisager des mesures à mettre en œuvre pour réduire ces risques, etc., il est indispensable que l'expert se rende sur les lieux de travail pour y constater les conditions de travail des salariés, les cadences de travail, « l'état » actuel des salariés, leur potentiel à s'adapter aux nouvelles conditions de travail, leur éventuelle « fragilité », etc. Il lui faut se rendre sur place pour pouvoir procéder à des analyses relevant de l'ergonomie, de la sociologie ou de la psychologie du travail, ce qui implique un certain « temps d'étude » dans chaque établissement. Or, une expertise unique du projet concernant plusieurs établissements étant désormais susceptible d'être (et sera vraisemblablement toujours) mise en place, il va être extrêmement compliqué pour ne pas dire impossible qu'un expert agréé puisse analyser correctement dans chaque établissement concerné (sachant que chacun d'entre eux peut avoir une activité spécifique, des caractéristiques propres rendant vaine toute comparaison, etc.) les incidences prévisibles du projet de grand licenciement collectif sur la santé et la sécurité des

¹ Art. L. 1233-30 et L. 4614-12-1 C. trav.

² Au terme duquel, s'il n'a pas émis d'avis, il est réputé avoir été consulté ; art. L. 1233-30, C. trav.

³ P.-Y. VERKINDT, art. préc.

salariés, mesurer les risques que représente la mise en place du projet pour la santé et la sécurité des travailleurs, et préconiser des mesures adaptées pour réduire l'impact potentiellement néfaste du projet sur la situation des salariés et les moyens à mobiliser pour préserver la santé et la sécurité des travailleurs¹.

C'est pourquoi, afin que la consultation du CHSCT ait une réelle utilité, il nous semble impératif que l'employeur mette en œuvre la procédure d'information/consultation du CHSCT nettement en amont de la première réunion du comité d'entreprise sur le projet de licenciement collectif au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail à partir de laquelle courent le délai préfix dans lesquels le représentants du personnel doivent rendre leurs avis, étant précisé qu'à défaut par eux de le faire dans ledit délai ils sont réputés avoir été consultés.

c - L'encadrement de la procédure de consultation du ou des CHSCT

440. *Recours éventuel à l'instance de coordination des CHSCT.* Lorsque l'employeur projette un grand licenciement collectif, il doit donc consulter le ou les CHSCT, si le projet concerne plusieurs établissements, sur la restructuration et la compression des effectifs. En effet, même s'il a recours à l'instance de coordination des CHSCT pour qu'elle organise une expertise unique et que celle-ci a décidé d'user de la faculté qui lui est offerte de donner son avis sur le projet, cela ne dispense aucunement l'employeur de consulter chaque CHSCT concerné. Si l'employeur décide de mettre en place une expertise unique organisée par l'instance de coordination des CHSCT intéressés par le projet, il lui appartient de convoquer les membres de l'instance concernés par le projet², en leur transmettant l'ordre du jour de la réunion ainsi que tous les documents relatifs au projet de restructuration et de compression des effectifs. À cet égard, il lui appartient de leur communiquer l'analyse prospective des répercussions du projet de grand licenciement sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés que l'employeur a réalisée, ses projections en termes d'appréciation des risques et informer également les membres de l'instance des mesures qu'il envisage de mettre en œuvre pour réduire lesdits risques, etc. L'ordre du jour doit être établi

¹ Ainsi, disposer d'un peu moins d'un mois pour réaliser une expertise efficace sur un projet envisageant quatre-vingt-dix neuf licenciements dans dix sites différents dont certains pourraient être classés Seveso et d'autres non semble plus qu'ardu...

² En effet, si l'instance de coordination est composée lors de sa création de représentants de l'ensemble des CHSCT, lorsqu'elle est convoquée par l'employeur au titre d'un projet précis n'y siègent que les représentants des CHSCT concernés par ledit projet, à l'exclusion des autres.

conjointement par l'employeur et le secrétaire de l'instance¹, ce qui met en exergue l'intérêt que les différents CHSCT concernés soient informés au préalable de l'intention de l'employeur de réunir l'instance de coordination pour que ses membres aient pu désigner son secrétaire.

Si c'est la première fois que l'employeur réunit l'instance et qu'aucun secrétaire n'a encore été désigné, il pourra établir l'ordre du jour seul ; c'est la seule hypothèse dans laquelle il pourra le faire unilatéralement. En effet, n'a pas été prévue pour l'ordre du jour des réunions du CHSCT ou de l'instance de coordination la règle instaurée par la loi de cohésion sociale à propos de l'ordre du jour des réunions du comité d'entreprise², selon laquelle en cas de désaccord entre son président et son secrétaire, l'un des deux (en pratique le plus souvent l'employeur) peut unilatéralement inscrire d'office à l'ordre du jour de la réunion du comité les consultations obligatoires en vertu de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles³. Cette règle a été instaurée pour éviter qu'en cas de désaccord sur l'ordre du jour la procédure de consultation ne soit bloquée et impose le recours au juge des référés, rallongeant d'autant la durée effective de la procédure. En cas de désaccord entre l'employeur et le secrétaire de l'instance de coordination, l'une ou l'autre des parties devra donc saisir le juge des référés, sauf lorsque la réunion de l'instance est relative à un projet de grand licenciement collectif imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, hypothèse dans laquelle devra être saisie l'autorité administrative qui disposera alors de cinq jours pour trancher le désaccord et permettre l'établissement conjoint de l'ordre du jour⁴. De ce point de vue, la présence, à titre consultatif, de l'inspecteur du travail dans l'instance de coordination⁵ devrait permettre de fluidifier l'établissement de l'ordre du jour et la prise de décision de l'Administration quant aux divers objets qu'il devra contenir. En principe, doivent figurer à l'ordre du jour de la réunion de l'instance de coordination : la désignation d'un expert agréé et l'organisation de l'expertise unique sur le projet de grand licenciement collectif, la question relative à l'éventuelle intention de l'instance d'émettre un avis sur le projet, voire le cas échéant la désignation du secrétaire de l'instance si celle-ci n'a pas déjà eu lieu.

Les informations relatives au projet de licenciement, aux modifications qu'il emporte sur la santé et la sécurité des salariés et leurs conditions de travail, à l'évaluation prospective

¹ L'article L. 4616-4 du Code du travail renvoie en effet à l'article L. 4614-8 dudit code.

² Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, préc.

³ Art. L. 2325-15, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-57-5 C. trav.

⁵ Art. L. 4616-2, 3°, C. trav.

des risques professionnels, et notamment psychosociaux que sa mise en œuvre peut engendrer, ainsi que les mesures envisagées par l'employeur pour éradiquer, ou au moins minimiser, ces risques, doivent être transmises avec l'ordre du jour de la réunion de l'instance au moins sept jours avant la tenue de ladite réunion lorsque l'instance est réunie à propos d'un projet de restructuration et de compression des effectifs, contre quinze jours dans les autres hypothèses¹. Le législateur a souhaité réduire les délais au maximum en matière de restructuration et de compression des effectifs afin d'assurer un déroulement rapide de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel, la maîtrise du temps étant un élément essentiel à la réussite et à la sécurisation du projet.

Au cours de cette réunion, l'instance de coordination devra désigner l'expert agréé chargé de l'expertise unique du projet de grand licenciement collectif affectant plusieurs établissements, et indiquer si elle souhaite ou non rendre un avis sur le projet². Si tel est le cas, l'instance de coordination devra le rendre au plus tard sept jours après la remise de son rapport par l'expert sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif, contre quinze jours dans les autres hypothèses³. En tout état de cause, si l'instance de coordination ne remet pas son avis avant l'expiration du « délai couperet »⁴ de l'article L. 1233-30 du Code du travail dans lequel tous les représentants du personnel appelés à se prononcer sur le projet de grand licenciement collectif impliquant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi doivent avoir rendu le leur, l'instance est réputée avoir été consultée⁵.

441. Consultation du ou des CHSCT. Que l'employeur ait ou non décidé de mettre en place une instance de coordination pour permettre une expertise unique sur un projet de grand licenciement collectif concernant plusieurs établissements, il sera en tout état de cause tenu de consulter les CHSCT concernés par le projet. En effet, si l'instance de coordination a la faculté d'émettre un avis sur le projet si elle le souhaite, cet avis ne saurait se substituer à celui des divers CHSCT concernés, il s'y ajoute. L'avis de l'instance de coordination étant susceptible de les éclairer lors de leur consultation, il devra être transmis aux différents CHSCT avec le rapport de l'expert pour que ces derniers puissent rendre leur avis⁶.

¹ Art. R. 4616-5, C. trav.

² Art. L. 4616-3, C. trav.

³ Art. R. 4616-8, C. trav.

⁴ Expression empruntée à P. MORVAN, *op. préc.*

⁵ Art. L. 4614-12-1, C. trav.

⁶ Art. L. 4616-3, *in fine*, C. trav.

L'employeur est donc tenu d'informer le ou les CHSCT du projet de grand licenciement collectif, des modifications qu'il induit sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés, des risques professionnels qui selon lui sont susceptibles de résulter de la compression des effectifs et des mesures qu'il envisage de mettre en œuvre pour réduire, voire d'éradiquer lesdits risques, afin de préserver la santé et la sécurité des travailleurs. Il lui appartient par ailleurs d'établir avec le secrétaire du ou des CHSCT concernés par le projet l'ordre du jour de la réunion de consultation relative au projet de grand licenciement collectif. L'ordre du jour doit être établi conjointement¹, la faculté, en cas de désaccord entre secrétaire du comité et employeur sur l'ordre du jour, de l'inscription unilatérale de droit des consultations obligatoires étant réservée aux seuls comités d'entreprise. S'il y a désaccord sur l'ordre du jour relatif à un projet de restructuration et de compression des effectifs donnant lieu à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'une ou l'autre des parties devra saisir l'Administration du travail pour que soit tranché le désaccord et établi l'ordre du jour. Dans les autres cas de consultation du CHSCT, c'est le juge judiciaire et notamment le juge des référés qui devra être saisi pour mettre fin au litige.

Le contenu de l'ordre du jour établi par le président du CHSCT et son secrétaire est loin d'être anodin dans la mesure où la Cour de cassation estime que « *le CHSCT ne peut valablement délibérer que sur un sujet en lien avec une question inscrite à l'ordre du jour* »², position qui devrait vraisemblablement être reprise par l'Administration du travail appelée désormais à contrôler la régularité de la procédure d'information/consultation du CHSCT en cas de grand licenciement collectif soumis à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi³. Doivent donc figurer à l'ordre du jour de la première réunion du (ou des) CHSCT, l'éventuelle désignation d'un expert agréé si l'employeur n'a pas mis en place d'instance de coordination ou si le projet de licenciement concerne une entreprise dotée d'un seul établissement ou de plusieurs dont un seul est concerné par ledit projet, l'analyse prospective des modifications sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés résultant de la restructuration et du prononcé du grand licenciement collectif, l'examen anticipant les risques, notamment psychosociaux, que l'employeur a identifiés et les mesures qu'il envisage de mettre en œuvre afin, si ce n'est de les éradiquer, au moins de les limiter au maximum.

En principe le CHSCT n'a pas à être consulté sur les aspects économiques du projet de licenciement, pas plus que sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi qui relèvent de la

¹ Art. L. 4614-8, C. trav.

² Cass. soc. 22 janv. 2008, Bull. civ. V, n° 15 ; JCP S 2008, 1239, note J.-B. COTTIN.

³ Art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3, C. trav.

compétence du comité d'entreprise. Toutefois, dès lors que les diverses mesures contenues dans le plan tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre ou favoriser le reclassement des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu, celles-ci sont susceptibles d'affecter les conditions de travail, de santé et de sécurité des salariés, et le CHSCT doit être consulté. Il devrait en aller ainsi si le plan de sauvegarde de l'emploi prévoit le développement d'une nouvelle activité, une réduction ou un aménagement de la durée du travail, des mesures de mobilité professionnelle impliquant l'adaptation des salariés à leur nouvel emploi ou des mesures de mobilité géographique modifiant l'environnement de travail des salariés, etc. Dans une telle hypothèse, devra figurer à l'ordre du jour l'étude des mesures contenues dans le plan susceptibles d'affecter la santé, la sécurité et/ou les conditions de travail des salariés, ainsi que les moyens que l'employeur envisage de mobiliser pour réduire autant que faire se peut les risques professionnels susceptibles d'en découler afin de préserver la santé et la sécurité des travailleurs.

442. Si l'ordre du jour de la réunion du CHSCT accompagné des informations nécessaires à sa consultation doit en principe être envoyé à ses membres et à l'inspecteur du travail au moins quinze jours avant la tenue de la réunion, ce délai est réduit à trois jours minimum en cas de consultation relative à un projet de restructuration et de compressions des effectifs¹. Ce délai semble particulièrement court pour que les membres du CHSCT aient le temps d'examiner et d'analyser l'ensemble des informations jointes à la convocation à la réunion avec l'ordre du jour de cette dernière, notamment si sont joints le rapport d'expertise unique réalisée à la demande de l'instance de coordination et son avis, ce qui est indispensable pour que la consultation du CHSCT soit utile et efficiente. Toutefois, dans la mesure où le décret du 26 juin 2013 fixe seulement un délai minimum de trois jours entre l'envoi de l'ordre du jour et des informations s'y rapportant et la tenue de la réunion du CHSCT², rien n'interdit à l'employeur de procéder à cet envoi bien avant. Ainsi, pour que le CHSCT puisse accomplir pleinement sa mission, il apparaît indispensable que soit respecté un délai raisonnable d'au moins une semaine à dix jours, entre la convocation et la réunion, pour que les membres du CHSCT puissent réellement appréhender les documents fournis (le cas échéant rapport d'expertise et avis de l'instance de coordination), élaborer des propositions pour réduire les impacts du grand licenciement collectif sur la santé, la sécurité et les

¹ Art. R. 4614-3, C. trav.

² D. n° 2013-552, du 26 juin 2013 relatif au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et à l'instance de coordination, JO du 28 juin 2013, p. 10723.

conditions de travail des salariés, minimiser les risques consécutifs à la réduction des effectifs, mais également proposer des améliorations des mesures prévues par le plan afin que soit prise en compte la nécessaire adaptation des salariés à leurs nouvelles conditions d'emploi et/ou de travail, conditions indispensables à la préservation de la santé et de la sécurité des salariés mais également au succès de la restructuration.

En effet, celui-ci pourrait être compromis par l'absence de prévention de l'éventuelle détérioration des conditions de travail qui pourrait résulter de la mise en œuvre du projet et de ses possibles répercussions sur la santé physique et mentale des salariés qui pourrait générer absentéisme, *turn over* ou dégradation de la confiance et de la loyauté des salariés envers l'employeur autant de facteurs susceptibles d'affecter la productivité et la compétitivité de l'entreprise. Ainsi, consultation du CHSCT et du comité d'entreprise sont complémentaires pour que le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi permette non seulement de remplir la mission de reclassement interne et externe qui lui est assignée et qu'il assure également la préservation de la santé et la sécurité des salariés et leur adaptation aux nouvelles conditions de travail afin de réduire au maximum la survenance d'accidents ou la concrétisation de risques professionnels notamment psychosociaux.

443. Articulation des consultations du CHSCT et du comité d'entreprise. A ce titre, sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi, il a été jugé à de multiples reprises que la consultation du CHSCT sur les projets importants devait précéder celle du comité d'entreprise pour avoir un effet utile¹, l'utilité de la consultation du CHSCT s'appréciant à l'aune de la future consultation du comité d'entreprise sur le projet de grand licenciement collectif afin que le comité d'entreprise puisse se prononcer sur le projet de restructuration et de compression des effectifs dans sa globalité.

La loi de sécurisation de l'emploi n'a pas expressément consacré cette articulation entre la consultation du CHSCT et du comité d'entreprise puisque l'article L. 4614-12-1 du Code du travail dispose que l'avis du ou des CHSCT, et le cas échéant celui de l'instance de coordination, doit être rendu avant l'expiration des délais mentionnés à l'article L. 1233-30 du Code du travail qui vise les délais dans lesquels le comité d'entreprise est tenu de rendre ses avis. Toutefois, l'instruction DGEFP/DGT du 19 juillet 2013, qui certes n'a pas de portée

¹ Ce qui autorisait à l'époque le comité d'entreprise à solliciter la suspension de la procédure d'information/consultation tant que le CHSCT n'avait pas été régulièrement consulté et que son avis ne lui avait pas été transmis. Cass. soc., 4 juil. 2012, Bull. civ. V, n° 215 ; JCP S 2012, 1542, note F. DUQUESNE ; Cass. soc., 10 juil. 2013, préc. ; Cass. crim., 18 janvier 2011, Dr. soc. 2011, p. 726, obs. F. DUQUESNE.

normative mais doit guider les DIRECCTE dans leur contrôle des projets de grand licenciement collectif imposant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, prévoit que l'avis du CHSCT doit être transmis au comité d'entreprise¹, confirmant l'antériorité de la consultation du ou des CHSCT sur celle du comité d'entreprise telle qu'elle était imposée par la jurisprudence avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi.

La première réunion du comité d'entreprise faisant courir les délais préfix relativement brefs de l'article L. 1233-30 du Code du travail², pour que la consultation du CHSCT ait réellement un effet utile il est indispensable que celle-ci commence suffisamment en amont de celle du comité d'entreprise pour éviter qu'elle ne soit enserrée dans des délais « intenable », l'expert devant remettre son rapport dans les quinze jours qui précèdent le terme de ce délai, à l'expiration duquel qu'ils aient ou non émis un avis, le(s) CHSCT, et éventuellement l'instance de coordination, sont réputés avoir été consultés³. Or, l'utilité de la consultation du CHSCT suppose que le comité d'entreprise ait pu prendre connaissance de son avis pour avoir une vision globale du projet de grand licenciement collectif suffisamment en amont du délai couperet de l'article L. 1233-30 du Code du travail, au terme duquel qu'ils se soient prononcés ou non les représentants du personnel sont réputés avoir été consultés⁴. L'utilité et l'efficience de la consultation du CHSCT sont donc subordonnées à sa saisine suffisamment en amont de la première réunion du comité d'entreprise sur le projet de licenciement au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail (point de départ des délais) pour que l'expert ait le temps d'analyser l'entendue des répercussions du projet sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés, de faire des propositions tendant à minimiser les risques professionnels et à préserver au mieux la santé et la sécurité des salariés et qu'il ait le temps de remettre son rapport, et d'autre part pour que les membres du CHSCT aient assez de temps pour se pencher sur les projections réalisées par l'employeur en termes de modification des conditions de santé, de sécurité et/ou de travail des salariés, de risques professionnels susceptibles d'être générés par le grand licenciement collectif, mais également pour examiner le rapport de l'expert et pouvoir formuler un avis éclairé en proposant éventuellement la mise en œuvre de certaines mesures ou la mobilisation de moyens de nature à atténuer l'impact du projet sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés.

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, p. 4 ; sur cette instruction, V. JCP S 2013, act. 361.

² Entre deux et quatre mois selon l'ampleur du projet de licenciement, art. L. 1233-30, C. trav.

³ Art. L. 4614-12-1, C. trav.

⁴ Art. L. 4614-12-1 (pour le CHSCT et l'instance de coordination), art. L. 1233-30, *in fine*, pour le comité d'entreprise.

Afin d'éviter toute instrumentalisation de la procédure d'information/consultation par les représentants du personnel et d'assurer aux entreprises une certaine sécurité dans le déroulé de la procédure consistant à leur offrir la maîtrise du temps, la loi de sécurisation a repris les stipulations de l'ANI du 11 janvier 2013 enserrant la procédure dans des délais préfix insusceptibles de suspension ou de prolongation y compris lorsque l'expert ne rend pas son rapport dans les délais et/ou que les représentants du personnel n'ont pas rendu leur avis¹. Le CHSCT, à l'instar du comité d'entreprise, est en effet réputé avoir été consulté s'il n'a pas émis d'avis au terme du délai de l'article L. 1233-30 du Code du travail. Toujours dans ce souci de sécurisation, la loi de sécurisation de l'emploi a également « déjudiciarisé » la procédure d'information/consultation sur les projets de grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins en confiant à l'Administration du travail le contrôle de la régularité de la procédure, au fur et à mesure de son déroulé, et à son terme².

Si désormais la procédure d'information/consultation du CHSCT n'est plus susceptible d'être instrumentalisée pour retarder la mise en œuvre d'un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins, l'utilité et l'efficacité de cette procédure ne sont pas pour autant garanties tant les délais dans lesquels elle doit se dérouler sont brefs si l'employeur décide de mettre en œuvre cette procédure plus ou moins concomitamment avec la consultation du comité d'entreprise. Toutefois, il est possible de prévoir des délais différents, plus ou moins longs que les délais légaux, par accord collectif, qu'il s'agisse d'un accord de méthode ou d'un accord majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi³. Cependant, raccourcir davantage les délais pourrait réduire l'utilité et l'efficacité du contrôle du projet de grand licenciement collectif à néant, ce qui pourrait contribuer à vicier en quelque sorte la procédure d'information/consultation dès lors que les représentants du personnel n'auront pas été véritablement mis en mesure d'accomplir leur mission... De ce point de vue, il semble préférable que soient conventionnellement prévus des délais plus longs afin de permettre un dialogue social serein, que des délais plus courts.

Le temps jouant désormais « en faveur des employeurs », ces derniers pourraient être tentés de l'instrumentaliser pour affaiblir le contrôle du projet de restructuration et de compression des effectifs par les représentants du personnel, dans la mesure où à l'expiration de délais de l'article L. 1233-30 du Code du travail, ces derniers sont réputés avoir été consultés quand bien même ils n'auraient pas émis d'avis. Toutefois, une telle attitude de la

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013 préc. ; ANI du 11 janv. 2013, préc.

² Art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3, C. trav.

³ Respectivement art. L. 1233-21 et L. 1233-24-1, C. trav.

part de l'employeur serait particulièrement risquée en ce qu'elle pourrait « provoquer les foudres » de l'Administration du travail... En effet, un tel comportement, visant à réduire à néant l'utilité et l'efficacité du contrôle par le CHSCT du projet de grand licenciement collectif censé permettre la prise en compte par l'employeur de la nécessité de préserver la santé et la sécurité de salariés lors de la restructuration destructrice d'emploi, devrait vraisemblablement être sanctionné par l'Administration du travail par un refus d'homologuer ou de valider le projet de licenciement... De surcroît, nous ne saurions trop conseiller aux employeurs d'éviter ce genre d'instrumentalisation du temps, car non seulement un tel comportement devrait être immédiatement sanctionné par un refus d'homologation ou de validation du projet, paralysant ainsi le prononcé des licenciements envisagés, mais surtout mieux vaut éviter « de froisser » l'autorité administrative dont relève l'entreprise lors du contrôle du projet de licenciement si on veut éviter par la suite tout excès de zèle de la part des inspecteurs du travail rattachés à la DIRECCTE territorialement compétente...

Pour pallier son impuissance face aux décisions de restructurations, le droit social soumet donc les décisions de licenciement collectif au contrôle des représentants du personnel afin d'une part que soit prise en compte la nécessité de préserver la santé et la sécurité des travailleurs en dépit de la réduction d'effectifs, et d'autre part qu'il soit autant que possible tenu compte des intérêts des salariés et notamment de l'objectif de sauvegarde de l'emploi dans le cadre de l'opération grâce à la procédure de consultation du comité d'entreprise.

B - Le contrôle par le comité d'entreprise du projet de restructuration et du projet de licenciement

444. Afin de mettre en œuvre le droit des salariés à participer, par l'intermédiaire de leurs représentants, à la gestion de l'entreprise notamment lorsqu'est en cause leur droit constitutionnel à l'emploi¹, le principe de la participation des représentants du personnel à l'élaboration des projets de licenciement collectif pour motif économique fut prévu par la loi du 18 juin 1966 qui permettait au comité d'entreprise de donner son avis en cas de projet de compression d'effectifs². À la différence du droit allemand, le droit français n'a pas pris le

¹ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 8 (droit de participation à la gestion de l'entreprise), al. 7 (droit à l'emploi).

² Loi n° 66-427, du 18 juin 1966, modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises, JO du 25 juin 1966, p. 5267.

parti d'instaurer une cogestion de l'entreprise avec les représentants du personnel, mais seulement une procédure de consultation du comité d'entreprise devant assurer la prise en compte des intérêts des salariés dans l'élaboration du projet grâce à un dialogue entre employeur et représentants des salariés. La loi de 1966 fut complétée par l'accord national interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi du 10 février 1969 qui précisa les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise¹, avant que son avenant du 21 novembre 1974 n'impose à l'employeur d'élaborer en concertation avec le comité un plan social dont la finalité était « *d'une part, éviter ou limiter les mesures de licenciement, et, d'autre part, faciliter au maximum le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité* »². La loi du 3 janvier 1975³, à l'instar de la directive communautaire du 17 février 1975⁴, reprit en substance cette obligation, sans référence à la notion de plan social qui ne bénéficia d'une consécration législative qu'en 1989⁵, et précisa que si l'employeur était tenu d'informer et de consulter le comité d'entreprise sur les projets de licenciements collectif lors d'une réunion dédiée audit projet, il devait également respecter les attributions consultatives du comité au titre de la marche générale de l'entreprise prévues par le Livre IV de l'ancien Code du travail⁶. Lorsqu'en 1986, le législateur supprima définitivement l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique⁷, il « compensa » cette suppression en renforçant le contrôle par les représentants du personnel de la décision de prononcer un grand licenciement collectif. Fut ainsi instaurée l'obligation pour l'employeur d'organiser deux réunions pour consulter le comité sur le projet de grand licenciement collectif pour motif économique. Puis afin d'offrir davantage de temps aux membres du comité pour examiner le projet de restructuration et celui de licenciement ainsi que le rapport de l'expert-comptable auquel le comité a droit de recourir pour l'assister dans l'analyse du projet de l'employeur, la loi du 2 août 1989 allongea le délai minimum devant séparer ces réunions ; étant précisé qu'en cas de recours à un expert une troisième réunion devait être organisée⁸. Cette loi imposa également à l'employeur qui envisage de prononcer un grand licenciement collectif dans une entreprise employant au moins cinquante salariés d'élaborer

¹ ANI du 10 fév. 1969 sur la sécurité de l'emploi.

² Avenant du 21 nov. 1974 à l'ANI du 10 fév. 1969, art. 12.

³ Loi n° 75-5, du 3 janv. 1975, relative aux licenciements pour cause économique, JO du 4 janv. 1975, p. 202.

⁴ Dir. n° 75/129/CEE du Conseil, du 17 fév. 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE n° L 048, du 22 fév. 1975 p. 29.

⁵ Loi n° 89-549, du 2 août 1989, modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JO du 8 août 1989, p. 9954.

⁶ Loi n° 75-5, du 3 janv. préc. ; depuis la recodification il s'agit des articles L. 2323-6 et s., C. trav.

⁷ Loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement, JO 31 déc. 1986, p. 15885.

⁸ Loi n° 89-549, du 2 août 1989, préc.

en concertation avec les représentants du personnel un plan social, avant qu'en 1993 le non-respect de cette obligation soit sanctionné par la nullité de la procédure de licenciement collectif¹, nullité étendue par la Cour de cassation en 1997 aux licenciements subséquents².

La loi de modernisation sociale de 2002 imposa à l'employeur d'avoir achevé la procédure de consultation du comité d'entreprise au titre de la marche générale de l'entreprise avant de pouvoir entamer celle portant sur le projet de licenciement collectif, allongeant d'autant la procédure, et accorda au comité d'entreprise un droit de veto sur les projets de licenciements collectifs de grande ampleur, ouvrant ainsi une porte vers un succédané de cogestion concernant de tels projets³. La loi du 3 janvier 2003 suspendit ces dispositions instaurées en 2002⁴, avant que la loi de cohésion sociale ne les abroge⁵.

Au fil temps et des réformes, la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise lui permettant de contrôler les décisions de grand licenciement collectif donnant lieu à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, se complexifia, sa durée réelle s'allongeant au fur et à mesure des « incidents » : désaccord sur l'établissement de l'ordre du jour des réunions, saisine du juge des référés pour obtenir davantage d'informations ou soulever des irrégularités de procédure, recours à l'expert-comptable, montée en puissance du CHSCT, etc. Si la loi de cohésion sociale a tenté de remédier à certaines problématiques, qu'il s'agisse de l'établissement de l'ordre du jour, de la réduction des délais de prescription pour saisir le juge des référés, de la pérennisation des accords de méthode permettant aux partenaires sociaux dans l'entreprise d'adapter la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise pour qu'elle soit plus efficace et se déroule dans un climat plus serein⁶, etc. ; cela n'aura pas suffi à faire taire les critiques toujours plus nombreuses et plus vives à l'égard de cette procédure.

¹ Loi n° 93-121, du 27 janv. 1993, portant diverses mesures d'ordre social, JO du 30 janv. 1993, p. 1576.

² Cass. soc., 13 fév. 1997, *La Samaritaine*, Bull. civ. V, n° 63; RJS 3/97, n° 268, Dr. soc. 1997, p. 254, note G. COUTURIER; D. 1997, Jurisp., p. 171, note G. LYON-CAEN; JCP G, 1997, II, 22843, note F. GAUDU; Dr. ouv. 1997, p. 95, note P. MOUSSY; F. FAVENNEC-HERY, « La jurisprudence La Samaritaine et la prescription des actions en justice », Dr. soc. 1997, p. 341; T. GRUMBACH, « Encore une fois sur les arrêts *La Samaritaine* », Dr. soc. 1997, p. 331; E. LEWALLE, « Les arrêts Samaritaine : l'autre problème », SSL, 28 avr. 1997, n° 837, p. 3; S. NIEL, « La justice sanctionne les licenciements collectifs », SSL, 1^{er} avr. 1997, n° 833, p. 3; G. PICCA, « La saga du plan social et de reclassement : du judiciaire à l'entreprise », JCP éd. E 1997, n°16, 648; A. SAURET, « L'ingénierie des plans sociaux », Gaz. Pal. du 6 fév. 1997, p. 168.

³ Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, de modernisation sociale, JO du 18 janv. 2002, p. 1008.

⁴ Loi n° 2003-6, du 3 janv. 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, JO du 4 janv. 2003, p. 255.

⁵ Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, de programmation pour la cohésion sociale, JO du 19 janv. 2005, p. 864.

⁶ Accords de méthode instaurés à titre expérimental par la loi n° 2003-6, du 3 janv. 2003, préc. ; art. L. 1233-21 et s., C. trav.

En 2012, après la conférence sociale du mois de juillet, constatant que la procédure d'information/consultation sur les grands licenciements collectifs dans les entreprises de cinquante salariés au moins n'évitait pas un certain nombre de contournements et générait de fortes incertitudes sur les délais et sur la sécurité juridique des procédures, dommageables tant pour les salariés que pour les entreprises, le Gouvernement invita les partenaires sociaux à négocier au niveau national et interprofessionnel notamment sur ce thème. Ainsi, le document d'orientation remis aux partenaires sociaux le 7 septembre 2012 usant habilement de l'euphémisme, soulignait-il que « *Les rôles respectifs des IRP, des partenaires sociaux, de l'Etat, du juge, évolutifs au gré des modifications législatives et de la jurisprudence, ne peuvent être considérés comme pleinement satisfaisants* », et invitait les partenaires sociaux à trouver un nouvel équilibre permettant de renforcer la sécurisation des parcours professionnels et l'efficacité des dispositifs de reclassement et de clarifier et sécuriser les procédures en évoquant notamment la possibilité de conférer un rôle plus important à la négociation collective en la matière, ainsi qu'à l'Administration du travail ou encore d'encadrer les délais de la procédure¹.

Afin de « sécuriser » et de rationaliser la procédure de contrôle par le comité d'entreprise des projets de grand licenciement collectif donnant lieu à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'ANI du 11 janvier 2013 a notamment prévu d'enserrer la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise dans de stricts délais préfix, de conférer davantage de place à la négociation collective et de soumettre la procédure à un contrôle en « temps réel » avant que celle-ci, une fois achevée, ne soit homologuée par l'Administration du travail, autant de principes repris plus ou moins fidèlement par le législateur².

La loi du 14 juin 2013 a ainsi profondément réformé le droit applicable en matière d'information/consultation du comité d'entreprise sur les projets de grand licenciement collectif donnant lieu à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi. En consacrant la primauté de la négociation collective sur l'information/consultation du comité en la matière, elle a ainsi en quelque sorte modifié l'objet de sa consultation qui varie désormais selon l'existence ou non d'un accord majoritaire sur le projet (1). De même, si le comité d'entreprise doit toujours bénéficier d'informations relatives tant au projet de restructuration

¹ Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, « Document d'orientation négociation nationale interprofessionnelle pour une meilleure sécurisation de l'emploi », 7 sept. 2012.

² ANI du 11 janv. 2013 préc., art. 20 ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

qu'à la décision de licencier et a le droit de solliciter l'assistance d'un expert-comptable pour analyser les informations délivrées et le projet (2), désormais l'expertise est encadrée dans de stricts délais à l'instar du déroulement de la procédure de consultation des représentants du personnel (3).

1 - L'objet de la consultation du comité d'entreprise

445. L'article L. 1233-30 du Code du travail dispose que « I. - *Dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins cinquante salariés, l'employeur réunit et consulte le comité d'entreprise sur :*

1° L'opération projetée et ses modalités d'application, conformément à l'article L. 2323-15 ;

2° Le projet de licenciement collectif : le nombre de suppressions d'emploi, les catégories professionnelles concernées, les critères d'ordre et le calendrier prévisionnel des licenciements, les mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi. ». L'employeur est donc tenu de consulter le comité non seulement au titre de sa compétence générale relative à la marche générale de l'entreprise et plus particulièrement sur le projet de restructuration et de compression des effectifs, mais également sur le projet de grand licenciement collectif en tant que tel.

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi¹, l'employeur qui projette un grand licenciement collectif dans une entreprise employant au moins cinquante salariés dispose d'une option pour élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi et les modalités de mise en œuvre du projet de licenciement. Il peut soit conclure un accord collectif majoritaire sur le projet de grand licenciement collectif portant *a minima* sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, et permettant de déroger aux dispositions légales relatives à la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise ainsi qu'aux modalités de mise en œuvre des licenciements², soit consulter le comité d'entreprise sur ces questions et élaborer à l'issue de la procédure de consultation un document unilatéral définissant le contenu du plan et les modalités de mise en œuvre des ruptures. Dans la mesure où l'article L. 1233-30 du Code du travail prévoit que les questions relatives au projet de

¹ Il convient d'indiquer que seules les procédures de grand licenciement collectif engagées dans une entreprise d'au moins cinquante salariés à compter du 1^{er} juillet 2013 sont soumises aux dispositions issues de la loi de sécurisation de l'emploi en la matière ; étant précisé qu'une procédure est réputée engagée à compter de la date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité d'entreprise mentionnée à l'article L. 1233-30 du Code du travail (Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 18-XXXIII).

² Art. L. 1233-24-1 et s., C. trav.

licenciement collectif qui ont fait l'objet d'un accord majoritaire ne sont pas soumises à la consultation du comité d'entreprise au titre dudit article, l'objet de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement diffère selon qu'est, ou non, conclu un accord majoritaire et selon le contenu de ce dernier. L'objet de la consultation du comité est en effet réduit en présence d'un tel accord que celui-ci porte ou non sur l'intégralité du projet, puisque le comité ne sera pas consulté au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail sur les points ayant fait l'objet d'un accord (b), alors qu'en l'absence de la conclusion d'un accord total ou partiel (assez fréquente), il sera consulté sur l'intégralité du projet en application de ce texte (a).

.a - L'objet de la consultation du comité d'entreprise en l'absence d'accord majoritaire

446. Double consultation du comité d'entreprise. Si l'employeur n'a pas décidé d'ouvrir une négociation avec les organisations syndicales sur le projet de licenciement collectif, ou si celle-ci a échoué, l'employeur doit consulter comité d'entreprise sur la restructuration de l'entreprise qu'il projette au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail et sur le projet de licenciement collectif au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail.

447. Consultation sur le projet de restructuration. Le comité d'entreprise doit ainsi pouvoir se prononcer sur le projet de restructuration en lui-même, ce qui implique que l'employeur lui ait exposé les tenants et les aboutissants dudit projet, les raisons pour lesquelles la direction de l'entreprise envisage cette réorganisation et notamment comment elle s'inscrit dans les orientations stratégiques de l'entreprise sur lesquelles une consultation annuelle du comité est obligatoire¹. Le droit social oblige ainsi, en quelque sorte, l'employeur à « justifier » son projet de réorganisation et les modalités envisagées pour la mettre en œuvre. Le comité d'entreprise pourra ainsi au cours de l'échange avec l'employeur sur les raisons fondant la restructuration mettre en exergue le fait que cette restructuration est en réalité décidée pour satisfaire des intérêts autres que ceux de l'entreprise, tels que celui du groupe auquel elle appartient par exemple ou d'actionnaires, voire qu'elle est contraire à l'intérêt même de l'entreprise etc. pour autant, cela n'empêchera l'employeur de mener à bien son projet de compression d'effectifs, la régularité et la validité de la procédure de grand

¹ Art. L. 2323-7-1, C. trav.

licenciement collectif étant indépendantes de l'existence d'un motif économique légitime fondant le projet de grand licenciement collectif¹.

Le regard du comité d'entreprise sur le projet de restructuration peut, éventuellement, amener l'employeur à le reconsidérer et ce d'autant plus que le comité d'entreprise a la faculté de faire des propositions alternatives au projet de restructuration tel qu'envisagé par l'employeur². Toutefois, rien ne contraint l'employeur à amender le projet de restructuration en fonction de ces propositions. Il lui appartient seulement de les prendre en considération puisque l'article L. 1233-33 du Code du travail lui impose de les mettre à l'étude et d'y apporter une réponse motivée avant le terme du délai préfix dans lequel le comité doit avoir rendu ses avis sur le projet de restructuration et de licenciement collectif.

L'employeur ne saurait se soustraire à cette obligation sans encourir le risque que son projet ne soit pas validé par l'Administration du travail, condition à laquelle est subordonné le prononcé des licenciements³. De surcroît, si les membres du comité d'entreprise ont pour mission première d'assurer l'expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion de l'entreprise ce qui en l'occurrence inclut notamment le rappel à l'employeur de la nécessité de prendre en considération l'objectif de sauvegarde de l'emploi, ils ne sauraient négliger la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise sans laquelle il n'y a pas d'emploi... Les membres du comité d'entreprise, notamment avec l'aide de l'expert-comptable auquel ils ont le droit de recourir⁴, peuvent ainsi formuler des suggestions alternatives à l'opération projetée qui soient pertinentes et permettent de préserver tant l'intérêt de l'entreprise que celui d'un maximum de salariés.

Certes, le comité d'entreprise ne pourra à aucun moment empêcher la réalisation de la restructuration projetée, ni même imposer à l'employeur de mettre en œuvre ses propositions alternatives de restructuration, mais au moins aura-t-il permis que soit exprimé l'intérêt des salariés dans le cadre du processus décisionnel, voire dans le meilleur des cas que la direction de l'entreprise, après les avoir mis à l'étude, estime que les amendements au projet de restructuration proposés par le comité sont pertinents et décide de les mettre en œuvre.

¹ Cass. soc., 3 mai 2012, *Vivéo*, Bull. civ. V, n° 129 ; P. SARGOS, « Conditions d'annulation d'une procédure de licenciement pour motif économique », Rev. jur. de l'éco. pub. 2012, n° 700, comm. 45 ; F. FAVENNEC-HERY, « L'arrêt Vivéo : la fin d'une controverse ? » JCP S 2012, 1241 ; G. COUTURIER, « Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique. Sur l'arrêt Vivéo, 3 mai 2012 », Dr. soc. 2012, p. 600 ; E. DOCKES, « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Vivéo », Dr. soc. 2012, p. 606 ; F. GEA, « La problématique *Vivéo* : au législateur de reprendre la main », RDT 2012, p. 608.

² Art. L. 1233-33, C. trav.

³ Art. L. 1233-39, C. trav.

⁴ Art. L. 2325-35, 5°, C. trav.

448. Consultation sur le projet de licenciement collectif. Lors qu'aucun accord majoritaire n'a été conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, l'employeur est tenu de consulter le comité d'entreprise sur l'ensemble du projet de licenciement collectif. Il lui appartient donc de soumettre au comité le nombre de suppressions d'emploi envisagées, les catégories professionnelles concernées par le projet, les critères de l'ordre des licenciements et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi qui doit prévoir des mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et intégrer un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu¹. En l'absence d'accord majoritaire, le document unilatéral qu'il appartient à l'employeur d'élaborer après la dernière réunion du comité d'entreprise doit préciser outre le plan de sauvegarde de l'emploi, les modalités d'application des critères de l'ordre des licenciements, le calendrier des licenciements, le nombre d'emplois et les catégories professionnelles concernées, et les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement². Si ce dernier n'a à être définitivement établi qu'une fois la procédure d'information/consultation du comité achevée, rien n'interdit à l'employeur d'élaborer un projet de document unilatéral avant la dernière réunion du comité afin de recueillir son avis sur ce projet³. Il semble d'ailleurs probable en pratique que l'employeur présentera le projet de document unilatéral dès la première réunion de consultation du comité afin que ce dernier puisse faire des suggestions et propositions relatives à son contenu. En effet, si l'article L. 1233-33 du Code du travail n'impose à l'employeur de mettre à l'étude les seules suggestions du comité relatives aux mesures d'accompagnement et ses propositions alternatives sur le projet de restructuration avant le terme dans lequel le comité doit rendre son avis, il va de soi que lors des réunions du comité ce dernier pourra proposer que soient reconsidérés le nombre de suppressions d'emploi, le calendrier des ruptures, etc. Certes, l'employeur n'est tenu de délivrer une réponse motivée qu'à propos des suggestions relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et des propositions alternatives au projet de restructuration, pour autant au cours des réunions du comité si ce dernier se prononce sur les modalités de mise en œuvre du projet de licenciement

¹ Art. L. 1233-61, C. trav. étant précisé qu'un tel plan de reclassement n'a pas à être élaboré lorsque le projet de licenciement collectif consiste uniquement à supprimer des emplois par la voie de départs volontaires à l'exclusion de toute mesure de licenciement visant à atteindre l'objectif assigné en termes de suppressions d'emploi ; Cass. soc., 26 oct. 2010, Bull. civ. V, n° 245 ; RDT 2010, note F. GEA ; Dr. soc. 2010, p. 1164, note F. FAVENNEC-HERY ; JSL 2010, n° 288-2, obs. L. MILLET ; SSL 2010, n° 1465, p. 9 et s., rapp. P. BAILLY et note E. DOCKES ; JCP S 2010, 1483, note G. LOISEAU

² L'article L. 1233-24-4 du Code du travail renvoie à l'article L. 1233-24-2 dudit code.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche 1, II, 2.

collectif, l'employeur devrait les prendre en considération pour décider d'amender ou non le projet. En effet, le comité est seulement habilité à donner son avis et n'a aucun « pouvoir de décision » sauf pour ce qui concerne la possibilité de mettre en œuvre de manière anticipée des mesures de reclassement interne¹.

449. Incertitudes sur l'étendue de la consultation relative à l'ordre des licenciements². Pour ce qui concerne la consultation relative à l'ordre des licenciements, il convient d'indiquer que celle-ci n'est obligatoire qu'en l'absence de dispositions conventionnelles y afférentes³, et qu'en égard à sa finalité, il n'a pas à être établi lorsque tous les emplois d'une même catégorie sont supprimés⁴. Il existe un doute sur les questions que l'employeur doit aborder avec le comité d'entreprise en vue d'établir à l'issue de la procédure le document unilatéral fixant notamment les modalités de mise en œuvre de l'ordre des licenciements.

En effet, l'article L. 1233-30, I, alinéa 1^{er}, 2^o, ne vise que la consultation du comité sur les critères retenus par l'employeur pour déterminer l'ordre des licenciements. Il n'est question de discuter avec les représentants du personnel ni de la possible pondération de ces critères, ni de la faculté d'adapter le champ d'application de ces derniers. En revanche, l'article L. 1233-24-4 du Code du travail relatif au contenu du document unilatéral élaboré à l'issue de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise en l'absence d'accord majoritaire dispose que ce document doit fixer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et préciser « *les éléments prévus aux 1^o à 5^o de l'article L. 1233-24-2, dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur* » ; étant précisé que le 2^o dudit texte est relatif à « *La pondération et [au] périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5* » du Code du travail. Dans la mesure où le renvoi à l'article L. 1233-24-2, et notamment à son 2^o, est exprès il semblerait que l'employeur soit autorisé après avoir consulté le comité sur ces questions à pondérer et décider du champ d'application des critères de l'ordre des licenciements. Si la faculté pour l'employeur de pondérer unilatéralement les critères de l'ordre des licenciements à condition

¹ Art. L. 1233-45-1, C. trav.

² Sur cette question V. G. COUTURIER, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », Dr. soc. 2013, p. 814.

³ Art. L. 1233-5, C. trav.

⁴ Cass. soc., 27 mai 1997, Dr. soc. 1997, p. 744, obs. J. SAVATIER. De même, lorsque tous les salariés ayant refusé une modification de leur contrat de travail sont concernés par un licenciement pour motif économique il n'y a pas lieu d'appliquer un ordre des licenciements ; Cass. soc., 27 mars 2012, RDT 2012, p. 218, obs. GEA ; JCP S 2012, 1286, obs. F. DUMONT. - Cass. soc., 5 février 2014, n° 12-29.703, F-D.

de prendre en compte l'ensemble des critères visés à l'article L. 1233-5 du Code du travail a été reconnue par la jurisprudence¹, puis consacrée par la loi de sécurisation de l'emploi au dernier alinéa de cet article, un doute subsiste sur la possibilité d'adapter le champ d'application des critères unilatéralement après avoir consulté le comité sur cette question.

En effet, en principe, l'ordre des licenciements doit être appliqué à l'ensemble des salariés de l'entreprise relevant d'une même catégorie professionnelle, même si le projet de licenciement ne concerne qu'un établissement², Cependant, si la jurisprudence antérieure à la loi du 14 juin 2013 a admis la possibilité qu'un accord d'entreprise ou de niveau supérieur conclu selon le droit commun déroge à ce principe en prévoyant par exemple que les critères ne seront appliqués qu'aux seuls salariés de l'établissement concerné par le projet de réduction des effectifs³, cette faculté était réservée à un accord d'entreprise ou de niveau supérieur, à l'exclusion donc d'une décision unilatérale de l'employeur.

Si l'article L. 1233-24-4 du Code du travail relatif au contenu du document unilatéral renvoie expressément à l'article L. 1233-24-2, 2°, dudit code autorisant l'accord majoritaire à adapter le périmètre de l'ordre des licenciements, laissant à penser que l'employeur pourrait aménager unilatéralement le champ d'application des critères après avoir consulté le comité, l'article L. 1233-24-4 du Code du travail prend toutefois le soin de préciser que le document unilatéral doit s'inscrire « *dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur* ». Or, à l'exception du renvoi à L. 1233-24-2, 2° (la technique du renvoi étant en général critiquable en ce qu'elle nuit à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi), aucune disposition légale n'autorise expressément l'employeur à déroger unilatéralement au périmètre de l'ordre des licenciements qui s'appliquent au niveau de l'entreprise. Par ailleurs, si l'ANI du 11 janvier 2013 prévoit que l'accord majoritaire peut porter sur l'ordre des licenciements, il n'y fait aucune référence s'agissant du document unilatéral⁴... Si les partenaires sociaux souhaitent que l'employeur puisse unilatéralement fixer un champ d'application inférieur à l'entreprise pour l'ordre des licenciements, ils l'auraient sans doute précisé et auraient ainsi permis à tous les employeurs soumis à l'accord

¹ Cass. soc., 13 juin 1990, Bull. civ. V, n° 283 ; Cass. soc., 2 mars 2004, Bull. civ. V, n° 68 ; Cass. soc., 14 janv. 1997, Bull. civ. V, n° 16 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 113 ; D. 1998, Somm. 253, note A. LYON-CAEN.

² Ainsi, même si un seul établissement de l'entreprise est concerné par un projet de suppression d'emplois, les critères de l'ordre des licenciements doivent en principe être appliqués aux salariés de tous les établissements de l'entreprise relevant des catégories professionnelles concernées. Un salarié travaillant dans un établissement qui n'est pas concerné par le projet de suppression d'emplois pourra donc être licencié en application de l'ordre des licenciements, alors même que son poste n'est pas supprimé. Cass. soc., 24 MARS 1993 ? Bull. civ. V, n° 97 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 112.

³ Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-27.458, à paraître au Bulletin.

⁴ ANI du 11 janv. 2013, préc.

de pouvoir moduler le périmètre de l'application de l'ordre des licenciements... De même, si la loi de sécurisation de l'emploi a pris le soin de modifier l'article L. 1233-5 du Code du travail pour y inscrire la faculté pour l'employeur de pondérer unilatéralement les critères de l'ordre des licenciements, le législateur n'a pas « profité de l'occasion » pour évoquer la possibilité, après consultation des représentants du personnel, de modifier unilatéralement leur champ d'application... Là encore on peut penser que si le législateur avait voulu accorder une telle faculté à l'employeur, et revenir sur la jurisprudence autorisant seulement les accords d'entreprise et de niveau supérieur à aménager le périmètre de l'ordre des licenciements, il l'aurait inscrite à l'article L. 1233-5 du Code du travail, comme il l'a fait s'agissant de leur pondération.

La combinaison du renvoi exprès de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail à l'article L. 1233-24-2, 1° à 5°, et la précision selon laquelle le document unilatéral doit être établi « *dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles* » est donc particulièrement troublante, parce que dans une certaine mesure contradictoire. Il en va de même du rapport établi par Jean-Marc GERMAIN déposé à l'Assemblée nationale qui affirme que « Le document unilatéral doit (...) préciser, **dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur : (...), la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements** »¹. Il semblerait donc que l'employeur soit autorisé une fois la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise achevée à moduler unilatéralement le champ d'application des critères de l'ordre des licenciement ce que paraît confirmer l'instruction DGEFP/DGT du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement collectif². En effet, cette instruction dresse un tableau dans lequel elle vise les mentions que doit obligatoirement contenir le document unilatéral en l'absence d'accord majoritaire, parmi lesquelles figurent la pondération et le champ d'application des critères de l'ordre des licenciements. De surcroît, cette instruction affirme au point 3.2.3, 1° de sa fiche n° 2 relative à l'intervention de l'Administration que « *La DIRECCTE s'assure que le document unilatéral comprend obligatoirement les éléments mentionnés au point 3.1. Au-delà, deux points de vigilance sont à prendre en compte :*

- les critères d'ordre des licenciements économiques et leur pondération : sans juger de la

¹ J.-M. GERMAIN, rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, rapp. AN, n° 847

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

pondération des critères, ni de leur application, il est important de s'assurer de l'équilibre des critères retenus notamment quand l'employeur aura retenu des critères supplémentaires à ceux prévus par le code du travail

- les catégories socioprofessionnelles : il convient de s'assurer qu'elles ont été définies de façon objective et concernent des qualifications et fonctions proches, qui ne permettent pas de cibler des salariés. ». N'est donc pas visée expressément par ce texte le champ d'application des critères de l'ordre des licenciements mais il renvoie au point 3.1 qui, quant à lui, vise le champ d'application...

Cette instruction n'a pas de portée normative mais doit guider les DIRECCTE qui sont chargées de contrôler le document unilatéral, et semble donc confirmer la possibilité pour l'employeur, à l'inverse de la position jurisprudentielle jusqu'à lors en vigueur, d'adapter unilatéralement le champ d'application des critères de l'ordre des licenciements, à la stricte condition à notre sens d'avoir informé et consulté le comité d'entreprise sur la pondération et le périmètre d'application des critères de l'ordre des licenciements. À ce titre certaines DIRECCTE ont homologué des documents unilatéraux adaptant le périmètre de l'application des critères de l'ordre des licenciements. En effet, saisi d'une demande d'annulation de l'homologation d'un projet de licenciement collectif, un tribunal administratif a décidé que si le document unilatéral homologué pouvait adapter le périmètre d'application des critères de l'ordre des licenciements, la décision d'homologation du projet devait toutefois être annulée en ce que l'adaptation unilatérale de ce périmètre n'était pas pertinente¹. Une confirmation de cette position par le Conseil d'Etat semble envisageable.

450. Obligation de consulter le comité sur l'éventuelle mise en œuvre anticipée des mesures de reclassement interne. Bien que l'article L. 1233-30 du Code du travail n'en souffle mot, l'employeur est tenu de consulter le comité d'entreprise s'il souhaite commencer à proposer aux salariés des mesures de reclassement interne avant que ne soit achevée sa consultation sur le projet de grand licenciement collectif. Non seulement, il est tenu de consulter le comité sur la possibilité de mettre en œuvre des mesures de reclassement interne avant l'issue de la procédure, mais il doit de surcroît obtenir un avis favorable du comité pour pouvoir le faire. Si le comité d'entreprise autorise l'employeur à proposer de manière anticipée des mesures de reclassement aux salariés menacés de licenciement ainsi que le bénéfice des actions de formation indispensables à leur adaptation aux postes de reclassement

¹ TA Cergy-Pontoise, 11 juillet 2014, n° 140270

offerts, une telle anticipation pourrait favoriser la réussite de l'opération de restructuration en assurant une mise en œuvre rapide la réorganisation ; l'anticipation étant en cette matière bien souvent une condition du succès de l'opération.

Toutefois, la mise en œuvre anticipée des mesures de reclassement interne, autorisée par le comité, n'est pas sans soulever un problème de « chronologie » puisqu'en principe les critères de l'ordre des licenciements sont appliqués à l'issue de la procédure d'information/consultation. Ce n'est donc « qu'à ce moment-là » que sont connus les salariés menacés de licenciement auxquels doivent être proposées des offres de reclassement éventuellement accompagnées des mesures de formation indispensables à leur adaptation pour occuper les postes proposés¹. Cependant, dans la mesure où le comité d'entreprise est également consulté sur l'ordre des licenciements et les catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement, les représentants du personnel devraient pouvoir subordonner la mise en œuvre des mesures de reclassement interne à la condition que soit déterminée en accord avec eux l'articulation chronologique de l'application des critères de l'ordre des licenciements et la mise en œuvre de mesures de reclassement anticipées. Les membres du comité pourraient ainsi conditionner leur avis favorable à la faculté de proposer des mesures de reclassement interne avant l'achèvement de leur consultation à la prévision d'une période de souscription volontaire préalable aux postes disponibles au reclassement que l'employeur aura identifiés dans l'entreprise ou au niveau du groupe dans les sociétés avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable². Les salariés appartenant aux catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement pourraient ainsi postuler sur un ou plusieurs postes de reclassement préalablement identifiés et portés à leur connaissance selon le projet de document unilatéral établi en concertation avec le comité qui, en parallèle, doit également déterminer les modalités d'application des critères d'ordre des licenciements. Le comité pourrait lors de la consultation relative à la mise en œuvre anticipée du reclassement interne, conditionner son avis favorable à la prévision que le refus par les salariés des postes proposés au reclassement en cours de procédure constitue un des critères pris en compte, permettant ainsi à l'employeur de confirmer les offres de reclassement interne et les éventuelles mesures de formation ou d'adaptation accompagnant la proposition du poste de reclassement avant l'issue de la procédure. Tout cela pourrait d'ailleurs être prévu dans le projet de document unilatéral car si ce dernier n'a à être définitivement établi qu'une fois la

¹ F. AKNIN, « Le licenciement collectif pour motif économique réformé par la loi du 14 juin 2013 – Un espace-temps strictement encadré, un pouvoir administratif renforcé », *Gaz. Pal.* 2013, n° 295, p. 13.

² *Cass. soc.*, 17 mai 1995, *Bull. civ. V*, n° 159 ; *GADT*, 4^{ème} éd., n° 108 ; *D.* 1995, 436, note G. COUTURIER.

procédure d'information/consultation du comité achevée, vraisemblablement l'employeur en pratique devrait présenter le projet de document unilatéral dès la première réunion de consultation du comité afin que ce dernier puisse faire des suggestions et propositions relatives à son contenu, et notamment considérer l'opportunité de mettre en œuvre les mesures de reclassement interne avant l'issue de sa consultation, ainsi que les modalités d'articulation chronologique de ces reclassements et de l'application de l'ordre des licenciements.

La consultation du comité d'entreprise sur la faculté de proposer avant l'achèvement de la procédure d'information/consultation du comité des mesures de reclassement interne est également requise en présence d'un accord majoritaire total ou partiel sur le projet de licenciement.

b - L'objet de la consultation du comité d'entreprise en présence d'un accord majoritaire total ou partiel

451. L'article L. 1233-30 du Code du travail dispose que lorsqu'un accord majoritaire portant *a minima* sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi a été conclu, l'employeur n'a pas à consulter le comité d'entreprise au titre dudit article sur les éléments relatifs au projet de licenciement collectif traités dans l'accord. Si l'accord majoritaire ne porte que sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et qu'il ne détermine pas le nombre de suppressions d'emploi envisagées, les catégories professionnelles concernées par le projet, les critères de l'ordre des licenciements, le comité devra être consulté au titre de l'article L. 1233-30, I, 2 ° sur ces aspects du projet du licenciement collectif conformément à ce qui a été exposé plus haut. Si l'accord majoritaire traite de l'ensemble du projet de licenciement collectif, le comité d'entreprise n'aura pas à être consulté sur ce dernier en application de l'article L. 1233-30 du Code du travail.

La primauté ainsi accordée à la négociation collective sur la consultation des représentants du personnel en matière de grand licenciement collectif consacre ainsi une immixtion de la négociation collective dans la sphère de la consultation des représentants du personnel dont les attributions se trouvent en quelque sorte mises sous tutelle syndicale.

Si l'article L. 1233-30 du Code du travail exclut la consultation sur son fondement du comité d'entreprise sur le projet de licenciement sur les points ayant fait l'objet d'un accord majoritaire, le comité devra tout de même être consulté à un double titre. Ainsi, la conclusion

d'un accord majoritaire total ou partiel ne dispense aucunement l'employeur de consulter le comité sur le projet de restructuration et de compression des effectifs au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail¹. À cette occasion, le comité d'entreprise pourra formuler des propositions alternatives au projet de restructuration que l'employeur devra mettre à l'étude et auxquelles il est tenu d'apporter une réponse motivée avant l'expiration du délai préfix dans lequel le comité doit rendre son avis².

Non seulement l'employeur doit consulter le comité sur le projet de restructuration lui-même et sur les éventuelles questions relatives au projet de licenciement collectif qui n'auraient pas été traitées dans l'accord, mais de surcroît en présence d'un accord majoritaire total ou partiel, le comité d'entreprise devra être consulté parallèlement à sa négociation sur le fondement de la jurisprudence *EDF*³. En effet, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et les modalités de mise en œuvre des licenciements entrant dans les attributions consultatives du comité, il appartient à l'employeur qui a décidé de passer par la voie conventionnelle, de consulter le comité d'entreprise concomitamment à l'ouverture de la négociation sur le projet de licenciement collectif et au plus tard avant la signature de l'accord⁴. L'employeur devra ainsi réunir le comité pour le consulter sur le projet d'accord majoritaire lors d'une réunion dédiée à l'étude de l'accord qui vient s'ajouter aux deux réunions prévues par l'article L. 1233-30 du Code du travail. Si le comité doit être consulté sur le projet d'accord majoritaire avant sa conclusion, il est seulement habilité à donner son avis sur ledit projet, à dire s'il est favorable ou non à la conclusion du projet d'accord qui lui est soumis. En revanche, il n'est pas autorisé à émettre des propositions tendant à amender le contenu de l'accord et notamment pas à faire des suggestions pour modifier les mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel⁵.

S'il ne peut émettre de souhaits tendant à réformer le projet de plan de sauvegarde de l'emploi établi par l'accord majoritaire, dès lors que ce dernier envisage la possibilité que soient proposées aux salariés des mesures de reclassement interne avant l'issue de la procédure de consultation, l'employeur devra consulter le comité sur cette mise en œuvre anticipée des mesures de reclassement interne. Il est en effet indispensable en tout état de cause que le comité exprime un avis favorable à la mise en œuvre anticipée des propositions

¹ Article auquel renvoie l'article L. 1233-30, I, 1°, C. trav.

² Art. L. 1233-33, C. trav.

³ Cass. soc., 5 mai 1998, *EDF*, préc.

⁴ Cass. soc., 5 mai 1998, *EDF*, préc.

⁵ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc..

de reclassement interne¹. À défaut et quelles que soient les prévisions de l'accord en ce sens, elles ne pourront être appliquées. La mise en œuvre anticipée des mesures de reclassement interne est conditionnée à l'avis favorable du comité en ce sens. Ainsi, s'il ne peut proposer de modifications relatives au contenu de l'accord et notamment pas à celui du plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel, il peut en revanche « bloquer » la mise en œuvre anticipée de mesures de reclassement interne qu'il pourrait juger insuffisantes...

L'objet de la consultation du comité d'entreprise varie donc selon que l'employeur a ou non décidé d'ouvrir une négociation en vue de conclure un accord majoritaire devant porter *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, et éventuellement sur les conditions de mise en œuvre des licenciements, voire sur les modalités de l'information/consultation du comité. En tout état de cause, l'employeur est tenu de le consulter sur le projet de restructuration et de compression des effectifs et sur les aspects du projet de licenciement collectif n'ayant pas fait l'objet d'un accord.

L'efficacité et l'efficience de la consultation du comité sur le projet de grand licenciement collectif est subordonnée au fait que ses membres disposent de l'ensemble des informations relatives tant à l'opération de restructuration en elle-même qu'au projet de grand licenciement collectif, informations que le recours à un expert-comptable pourra l'aider à décrypter afin de renforcer l'efficience de cette consultation.

2 - L'information préalable du comité et la faculté de recourir à un expert

452. Information du comité d'entreprise. Pour que la consultation du comité puisse avoir un effet utile², il est indispensable qu'il dispose de l'ensemble des informations nécessaires. À ce titre, l'article L. 2323-4 du Code du travail applicable à la consultation du comité au titre de sa compétence générale énonce que « *Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations.* ». L'article L. 1233-31 du Code du travail dresse pour sa part la liste des renseignements que l'employeur est tenu de fournir aux représentants du personnel parmi lesquels figurent notamment les

¹ Art. L. 1233-45-1, C. trav.

² Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 8.

raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement, les catégories professionnelles concernées, les critères retenus pour l'ordre des licenciements, ainsi que le nombre de ruptures envisagées et leur calendrier prévisionnel. À cet égard, s'il lui appartient de leur indiquer le nombre exact de licenciements projetés¹, il n'a pas en revanche à dresser une liste nominative des salariés qui seront licenciés puisque celle-ci ne pourra être dressée qu'après application, par catégorie professionnelle, des critères de l'ordre des licenciements sur lesquels il doit consulter les représentants du personnel².

Surtout, en application de l'article L. 1233-32 du Code du travail, l'employeur qui projette un grand licenciement collectif dans une entreprise comptant au moins cinquante salariés doit adresser au comité le plan de sauvegarde de l'emploi³. Ainsi, en l'absence d'accord majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur est tenu d'élaborer en concertation avec les représentants du personnel le plan de sauvegarde de l'emploi et doit donc leur adresser son projet de plan avec la convocation à la première réunion de consultation sur le projet de grand licenciement collectif⁴. Les représentants du personnel peuvent faire des suggestions ou des propositions pour tenter d'améliorer le plan⁵.

Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 14 juin 2013, la Cour de cassation estimait que si l'employeur modifiait en cours de procédure le plan, il était tenu de reprendre la procédure de consultation à son commencement⁶. Cette position jurisprudentielle ne devrait pas survivre à l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013 qui enferme la procédure d'information/consultation des représentants du personnel dans des délais prefix⁷. Il convient toutefois d'attendre une décision claire de l'Administration du travail et du Conseil d'Etat sur cette question dans la mesure où depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, le contrôle du plan est confié à l'Administration du travail et le contentieux y afférent aux juridictions administratives.

En revanche, si l'employeur a décidé d'ouvrir une négociation tendant à conclure un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, il devra

¹ Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi, si l'employeur ne communiquait pas au comité d'entreprise le nombre exact de licenciements envisagés, la procédure devait être reprise depuis le début (Cass. soc., 4 juil. 2000, D. 2000, IR 221 ; RJS 2000, n° 932). Cette position jurisprudentielle ne survivra pas à l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, le contrôle de la procédure étant désormais confié à l'Administration du travail qui dispose d'un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'employeur pour qu'il délivre aux représentants du personnel l'ensemble des informations nécessaires à l'utilité de sa consultation. Art. L. 1233-57-5, C. trav.

² Cass. soc., 16 déc. 1992, Bull. civ. V, n° 598, CSB 1993, p. 283, obs. PHILBERT ; art. L. 1233-5, C. trav.

³ Art. L. 1233-61, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-32, C ; trav.

⁵ Art. L. 1233-33, C. trav.

⁶ Cass. soc., 18 mars 1997, Bull. civ. V, n° 111 ; Dr. soc. 1997, p. 540, obs. G. BELIER.

⁷ Art. L. 1233-30.

transmettre au comité le projet d'accord, pour qu'il puisse se prononcer sur celui-ci avant sa conclusion¹.

L'utilité et l'effectivité de l'obligation de consulter les représentants du personnel est subordonnée à la transmission par l'employeur de toutes les informations relatives au projet de licenciement collectif pour qu'ils puissent en toute connaissance de cause contrôler la décision de licencier, formuler leur avis sur ce projet et émettre des suggestions ou encore des propositions alternatives au projet de restructuration envisagé par l'employeur². Il est donc indispensable que l'employeur leur délivre une information loyale, complète et sérieuse.

Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi³, faute par l'employeur de leur communiquer l'ensemble des renseignements utiles, les représentants du personnel pouvaient saisir le juge civil des référés en vue d'obtenir la suspension de la procédure d'information/consultation tant que les informations nécessaires à l'émission d'un avis éclairé ne leur seraient pas fournies. Désormais tel n'est plus le cas dans la mesure le législateur confie le contrôle de la procédure d'information/consultation à l'Administration du travail. Ainsi, si les représentants du personnel estiment que certains renseignements indispensables à l'utilité de leur consultation ne leur ont pas été transmis par l'employeur, ils pourront saisir l'Administration d'une demande tendant à enjoindre à l'employeur de les leur communiquer⁴.

453. Faculté de recourir à un expert-comptable. L'article L. 1233-34 du Code du travail autorise le comité d'entreprise à recourir à l'assistance d'un expert-comptable en application de l'article L. 2325-35 du Code du travail afin qu'il l'aide à analyser les données économiques sociales fournies par l'employeur au titre de sa consultation sur la restructuration et le projet de grand licenciement collectif. S'il décide de solliciter une telle assistance, le comité doit désigner l'expert lors de sa première réunion au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail⁵. Pour mémoire, si l'employeur a décidé d'ouvrir une négociation en vue de conclure un accord majoritaire portant notamment sur le plan de sauvegarde de l'emploi, le comité peut mandater un expert-comptable pour qu'il assiste les syndicats lors de la négociation⁶. Si celle-ci échoue, l'expert ainsi désigné poursuivra sa

¹ Cass. soc., 5 mai 1998, *EDF*, préc.

² CE, 19 déc. 1984, *Dr. soc.* 1984, p. 485, note F. MODERNE.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ Art. L. 1233-57-5, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-34, C. trav.

⁶ Art. L. 1233-34, C. trav.

mission auprès du comité appelé *de facto* à se prononcer sur l'ensemble du projet. L'employeur ne peut s'opposer à la désignation d'un expert-comptable, pas plus qu'il ne peut refuser de prendre en charge l'intégralité de ses honoraires au risque sinon de se voir refuser l'homologation du projet ou de voir la décision d'homologation annulée par le juge administratif¹.

Le droit de recourir à un expert-comptable rémunéré par l'entreprise est essentiel à l'efficience et à l'effectivité de la consultation du comité d'entreprise. Dans la mesure où les membres titulaires du comité d'entreprise n'ont droit lors de leur première élection qu'à un stage de formation économique d'une durée maximale de cinq jours², l'éclairage d'un expert-comptable sur les informations économiques délivrées par l'employeur est capital pour que les représentants du personnel puisse réellement appréhender le contenu des informations qui leurs sont transmises. L'expertise doit permettre que la consultation du comité ait un effet utile ce qui suppose qu'il soit mis en mesure d'analyser la situation de l'entreprise, la nécessité (ou non) de la restructuration projetée, la pertinence de ses modalités, les raisons invoquées par l'employeur à l'appui du projet de licenciement collectif, etc. Le recours à l'expertise doit mettre en mesure les membres du comité de comprendre les informations qui leur sont délivrées, en les décryptant, en mettant en exergue l'absence de justification de tel ou tel choix opéré par la direction de l'entreprise et éventuellement déceler la réelle motivation des options retenues, voire le cas échéant d'aider les membres du comité à rechercher une information essentielle à la compréhension d'un projet de restructuration et de grand licenciement collectif que l'employeur n'aurait pas spontanément donnée aux représentants du personnel³.

¹ Le tribunal administratif de Montreuil a en effet annulé, le 20 décembre 2013 l'homologation administrative du projet de grand licenciement collectif d'une clinique en liquidation judiciaire estimant que la DIRECCTE avait méconnu l'étendue de ses compétences lors de la vérification de la procédure d'information et de consultation qui lui était confiée. Le tribunal administratif rappelle que les irrégularités commises lors de la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel ne sont susceptibles d'entraîner l'annulation de la décision d'homologation que lorsqu'elles ont pour effet d'empêcher les représentants du personnel de délibérer et de rendre un avis en connaissance de cause. Or, le juge estime que le concours d'un expert-comptable leur a été refusé en constatant qu'alors que les élus avaient demandé l'intervention d'un expert-comptable l'administrateur judiciaire a décidé de ne prendre en charge qu'une partie de la rémunération de l'expert-comptable. (TA Montreuil, 20 décembre 2013, n° 1309825 ; N° LXB : A2881KTU).

² Art. L. 2325-44, C. trav.

³ En ce sens, I. TARAUD, « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », Dr. soc. 2013, p. 121 ; En effet, comme le souligne Jean-Emmanuel RAY le partage transparent et intégral de l'information économique ne constitue pas forcément un réflexe naturel chez un certain nombre de dirigeants d'entreprise qui craignent notamment pour la confidentialité de certaines données J.-E. RAY,, art. préc.

454. *Strict encadrement temporel de l'expertise.* Une fois désigné par le comité d'entreprise ou le comité central, l'expert dispose de dix jours pour demander à l'employeur l'ensemble des informations nécessaires à l'exercice de sa mission. L'échange des renseignements entre employeur et expert est strictement encadré dans le temps par l'article L. 1233-35 du Code du travail. Trente-six jours maximum après avoir été désigné, l'expert doit ainsi disposer de l'ensemble des informations qu'il juge indispensables à l'exercice de sa mission¹. Afin de sécuriser la procédure d'information/consultation en garantissant aux entreprises la maîtrise de sa durée réelle, la loi du 14 juin 2013 a enserré l'expertise dans de stricts délais intégrant le délai préfix accordé au comité pour rendre ses avis ; le recours à l'expertise étant, souvent à tort², considéré comme un moyen dilatoire d'allonger la procédure. Désormais, l'expert doit donc remettre son rapport au plus tard quinze jours avant le terme du délai dans lequel le comité doit avoir rendu ses avis sur les projets de restructuration et de grand licenciement collectif, délai au terme duquel en tout état de cause il est réputé avoir été consulté³, l'absence de remise du rapport de l'expert n'ayant pas pour effet de reporter ledit délai⁴.

455. *Des pouvoirs d'investigation étendus.* L'expert dispose de larges pouvoirs d'investigation à même d'être très utiles pour que le comité d'entreprise puisse comprendre les tenants et les aboutissants du projet. Ainsi, les pouvoirs d'investigation de l'expert-comptable ne s'arrêtent-ils ni aux frontières de l'entreprise, ni à celles de l'Hexagone, ce qui peut lui permettre, le cas échéant, de solliciter des informations émanant du lieu où la décision de restructuration et le projet de licenciement collectif a réellement été prise, qu'il s'agisse de la société mère ou de sociétés sœurs, peu important qu'elles soient implantées à l'étranger⁵. À ce titre, pour analyser un projet de restructuration, des juges du fond ont estimé que l'expert-comptable peut réclamer la communication forcée des *business plans* des autres sites du

¹ L'article L. 1233-35, al. 1^{er}, du Code du travail dispose en effet que « *L'expert désigné par le comité d'entreprise demande à l'employeur, au plus tard dans les dix jours à compter de sa désignation, toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission. L'employeur répond à cette demande dans les huit jours. Le cas échéant, l'expert demande, dans les dix jours, des informations complémentaires à l'employeur, qui répond à cette demande dans les huit jours à compter de la date à laquelle la demande de l'expert est formulée.* ».

² En ce sens, I. TARAUD, art. préc.

³ Art. L. 1233-30, C. trav.

⁴ Art. R. 1233-3-1, C. trav.

⁵ Cass. soc., 27 nov. 2001, Bull. civ. V, n° 367 ; D. 2002. 253 ; RTD com. 2002. 311, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; RJS 2002, n° 194 ;

groupe exerçant la même activité que l'établissement français restructuré afin de vérifier l'analyse du sureffectif proposée par l'entreprise¹.

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, l'expert est seul juge des renseignements qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission². La Cour de cassation affirme même qu'au regard des pouvoirs d'investigation conférés par la loi à l'expert-comptable, « *il ne peut être reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les documents dont la communication était sollicitée par l'expert étaient réellement nécessaires à l'accomplissement de sa mission* »³. Cette position, critiquée⁴, a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité dans laquelle les requérants contestaient la conformité de l'article L. 2334-4 du Code du travail au regard du principe du droit à un recours juridictionnel effectif et à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce que ce texte excluait tout contrôle du juge sur l'utilité des documents demandés par l'expert-comptable qui assiste le comité de groupe. La Cour de cassation a refusé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel en estimant que « *les questions posées ne présentent pas un caractère sérieux dès lors que l'article L. 2334-4 du Code du travail, tel qu'interprété par la jurisprudence, ne prive pas les parties d'un recours possible au juge pour contester la nature des documents dont communication est demandée par l'expert dans le cadre de sa mission et d'une vérification de la nécessité de ces documents au regard de la mission confiée par le comité d'entreprise* ». Par ailleurs, la Cour de cassation précise « *que s'il ne peut être demandé au juge de contrôler l'utilité concrète de ces documents, ce que seul l'expert est en mesure de faire en réalisant sa mission, le juge peut sanctionner tout abus de droit caractérisé* » ; ce dont il se déduit que « *la disposition critiquée n'est pas contraire au droit à un recours effectif devant le juge et à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »⁵. Cette solution rendue à propos du recours à l'expert-comptable par le comité de groupe dans le cadre de l'expertise des comptes semble transposable eu recours à

¹ CA Versailles 14^e ch., 28 juill. 2004, *Alstom Power Boilers c/ CCE*, n° 04/04092. De même a été reconnue la faculté pour l'expert-comptable de solliciter la communication « *des comptes analytiques des sites européens [du groupe] indispensables à l'expert pour comparer dans le détail les coûts comparatifs des différents sites sur lesquels se fonde le projet de fermeture du site français* » ; TGI Paris, 5 févr. 2009, *SARL Molex Automotive c/ Syndex*, n° 09/51089, RDT 2009. 250

² Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 94-21.475, inédit ; D. 1997. 34 ; RJS 1997, n° 301.

³ Cass. soc., 15 déc. 2009, Bull. civ. V, n° 286 ; D. 2010, 155.

⁴ P. LAGESSE et N. BOUFFIER, « La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise », Dr. soc. 2013, p. 126.

⁵ Cass. soc., 12 sept. 2013, n° 13-12.200, à paraître au Bulletin ; C. RADÉ, « Pouvoirs de l'expert et droit à un recours juridictionnel à un recours effectif », Lexbase hebdo, éd. soc. n° 541, du 26 sept. 2013, N° LXB : 8622BTI.

un expert-comptable par le comité d'entreprise aux fins de l'assister dans l'analyse d'un projet de grand licenciement collectif.

L'expert-comptable dispose donc de pouvoirs d'investigation élargis de nature à lui permettre d'obtenir des documents relatifs à la situation économique du groupe auquel appartient l'entreprise et ainsi, le cas échéant, de pouvoir atteindre le véritable centre de décision de la restructuration destructrice d'emploi en imposant en quelque sorte que soit exposées au comité les raisons pour lesquelles le groupe décide de procéder à un grand licenciement collectif dans une filiale française. L'employeur est tenu de lui délivrer l'ensemble des documents sollicités, sauf à démontrer qu'ils ne sont en rien nécessaires à l'accomplissement de sa mission ou qu'il n'a pas accès auxdites informations. La Cour de cassation a ainsi approuvé une Cour d'appel qui, après avoir « *rappelé que l'expert-comptable avait, (...), accès aux comptes et documents des sociétés mère ou filiales et qu'aucun élément ne permettait d'établir que la société [X], société de droit français, n'était pas en mesure de recueillir les informations relatives aux entreprises du groupe situées sur le territoire d'un autre pays, [a décidé] que ces informations devaient être communiquées au comité d'entreprise* »¹.

De même, l'employeur ne saurait refuser de communiquer à l'expert-comptable certains documents en invoquant leur caractère confidentiel ou le fait qu'ils contiennent des secrets d'entreprise d'ordre industriel et/ou commercial ou qu'ils prévoient une clause de confidentialité². En effet, le secret des affaires ou la confidentialité de certaines informations ne peuvent être opposés à l'expert-comptable qui est tenu non seulement par application de l'article L. 2325-42 du Code du travail à des obligations de secret et de discrétion, mais également par l'article 21 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 qui impose aux experts comptables le respect du secret professionnel sous peine de sanctions pénales³.

En lui permettant d'accéder à tous les documents, confidentiels ou non, qu'il estime nécessaires pour pouvoir analyser la situation de l'entreprise, voire du groupe, les raisons de la décision de restructuration, les fondements du projet de grand licenciement collectif, etc., l'expert est mis en mesure de pouvoir réellement effectuer sa mission et ainsi de contribuer à l'efficacité de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement collectif.

¹ Cass. soc., 27 nov. 2001, préc.

² Cass. soc., 15 déc. 2009, Bull. civ. V, n° 286.

³ Ordonnance n° 45-2138, du 19 septembre 1945, portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, JO du 21 sept. 1945, p. 5938.

Si les directions d'entreprise sont rarement enclines à délivrer immédiatement l'ensemble des documents réclamés par l'expert de crainte que leur contenu ne soit divulgué¹, le juge civil des référés pouvait, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, être saisi pour enjoindre à la direction de l'entreprise de lui communiquer toutes les informations sollicitées pour examiner le projet de grand licenciement collectif. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, le juge civil des référés n'est plus compétent pour ce qui concerne les renseignements relatifs à une décision de grand licenciement collectif décidée dans une entreprise de cinquante salariés au moins, le contrôle de la régularité de la procédure et de la communication par l'employeur des informations nécessaires à l'analyse du projet de licenciement étant désormais confié à l'Administration du travail². L'Administration du travail disposera alors de cinq jours pour statuer sur cette demande et, si elle y fait droit, enjoindra à l'employeur de délivrer les renseignements requis en fixant le délai qui lui est accordé pour ce faire³, étant précisé que sa décision ne pourra être contestée avant l'issue de la procédure⁴. Il conviendra à ce titre de voir si l'Administration reprend à son compte la jurisprudence dégagée par le juge judiciaire sur l'étendue des pouvoirs d'investigation de l'expert-comptable, ce qui semble plutôt probable.

Seul un dialogue social transparent bâti sur « une culture de la confiance » entre employeur et comité d'entreprise confère une réelle utilité à la consultation du comité de nature à favoriser l'émergence de décisions préservant tant l'intérêt de l'entreprise que celui des salariés⁵. Malheureusement, cette culture de la confiance reste dans nombre d'entreprises à bâtir et aucune loi ne peut à elle seule constituer le ciment de cette construction, tout au plus la loi de sécurisation de l'emploi et l'ANI du 11 janvier 2013 apportent-ils une première pierre à l'édifice que seules les parties au sein de l'entreprise pourront décider d'ériger...

Pour que les intérêts des salariés soient pris en compte et que la procédure de consultation permette au comité de proposer des solutions alternatives aux licenciements lors

¹ Sur les questions relatives à la confidentialité des informations données au comité d'entreprise et aux problèmes que cette communication peut soulever, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 374 ; P. LAGESSE et N. BOUFFIER, art. préc. ; D. PORACCHIA, « Secret et confidentialité dans les rapports de travail », *SSL* 2008, n° 1352, p. 27 ; M. DEL SOL et C. LEFRANC-HAMONIAUX, « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *JCP S* 2008, 1666 ; L. PECAUT-RIVOLIER, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », *Dr. soc.* 2012, p. 469 ; J.-E. RAY, « Protéger l'information, aujourd'hui et demain », *Dr. soc.* 2013, p. 111 ; P. MORVAN, « Aspects sociaux de la confidentialité dans les restructurations », *Dr. soc.* 2010, p. 541

² Art. L. 1233-57-5, *C. trav.*

³ Art. L. 1233-57-5, *C. trav.*

⁴ Art. L. 1235-7-1, *C. trav.*

⁵ F. GEA, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise : bâtir une culture de la confiance ? », *Dr. soc.* 2013, p. 717.

du processus décisionnel, il est essentiel que le comité d'entreprise soit mis en mesure de se prononcer en toute connaissance de cause. De ce point de vue le recours à un expert-comptable pour l'assister dans l'analyse du projet de grand licenciement collectif et de restructuration doit lui permettre de formuler des propositions alternatives au projet de restructuration tel qu'envisagé par l'employeur qui soient pertinentes et réalistes ou encore de suggérer des améliorations quant à l'accompagnement des salariés menacés de licenciement, suggestions que l'employeur doit sérieusement étudier afin de pouvoir y apporter une réponse motivée avant l'achèvement de la procédure d'information/consultation dont le déroulé est depuis la loi du 14 juin 2013 enserré dans un délai prefix.

3 - Le déroulement de la procédure d'information consultation du comité d'entreprise

456. Auteur et moment de la consultation. Pour être efficiente, la consultation du comité d'entreprise doit, aux termes de la directive du 20 juillet 1998, être effectuée « *en temps utile* »¹. L'employeur est donc tenu de déclencher la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise dès lors qu'est prise la décision qui le contraint à projeter le licenciement collectif². L'article L. 2323-2 du Code du travail affirme à ce titre le principe d'antériorité de la consultation du comité sur la prise de décision. L'employeur est ainsi tenu de consulter le comité d'entreprise avant que la décision ne soit arrêtée, étant précisé que si la notion de décision s'entend « *d'une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise, il ne s'en déduit pas qu'elle implique nécessairement des mesures précises et concrètes ; (...) un projet, même formulé en termes généraux, doit être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause, dans son principe, le projet adopté* »³. Toutefois, il convient de rappeler que l'employeur peut décider d'ouvrir la négociation tendant à conclure un accord

¹ Dir. n° 98/59/CE du 20 juil. 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE 12 août 1998, L. 225/16, art. 2 § 1.

² CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, pts. 39 à 49, JCP S 2009, 1493, note E. JEANSEN ; RDT 2010, p. 285, note M. VERNAC.

³ Cass. soc., 12 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 375 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 143 ; D. 1998, Somm. 245, obs. A. LYON-CAEN ; Dr. soc. 1998, p. 87, obs. M. COHEN ; RJS 1998, p. 818, rapp. J.-Y. FROUIN ; Dr. ouv. 1998, p. 49, concl. Y. CHAUVY ;

majoritaire sur le plan de sauvegarde de l'emploi et le projet de licenciement collectif, avant de consulter le comité et sans que cela ne constitue un délit d'entrave au fonctionnement du comité¹.

Seul l'employeur est soumis à l'obligation d'informer et de consulter le comité sur son projet de grand licenciement collectif, à l'exclusion des dirigeants de la société mère², sauf à ce qu'une situation de coemploi soit caractérisée³. Il convient d'indiquer que l'employeur ne saurait se soustraire à l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur le projet de licenciement en prétextant que cette décision émane d'une autre société qui contrôle celle qu'il dirige⁴. La CJUE affirme de ce point de vue que l'employeur doit déclencher la procédure d'information/consultation des représentants du personnel au moment où la décision le contraignant à projeter des licenciements pour motif économique a été prise par la société mère qui le contrôle⁵.

Pour être régulière, la consultation du comité d'entreprise doit être effectuée alors que les mandats de ses membres ne sont pas expirés⁶. Par ailleurs, en l'absence de comité d'entreprise et alors qu'un procès verbal de carence a été établi, l'employeur doit informer et consulter les délégués du personnel sur le projet de grand licenciement collectif⁷. En revanche, si l'entreprise est dépourvue de représentants du personnel et qu'un procès verbal de carence n'a pas été établi, la procédure sera inévitablement irrégulière⁸.

457. Articulation des consultations relatives au projet de restructuration et au licenciement collectif. Nous l'avons vu, l'employeur est tenu de consulter le comité d'entreprise à la fois au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail sur le projet de grand licenciement collectif, à l'exclusion des questions ayant fait l'objet d'un accord majoritaire, et de l'article L. 2323-15 du Code du travail sur le projet de restructuration et de réduction des effectifs.

¹ Art. L. 1233-46, C. trav.

² CJCE, 10 sept. 2009, préc.

³ Cass. soc., 18 oct. 1995, CSB 1996 17, A. 6

⁴ Dir. 20 juil. 1998, préc. art 2 §4

⁵ CJCE, 10 sept. 2009, préc.

⁶ CE, 29 juin 1990, JS UIMM1990, p. 366 (idem) ; Cass. soc., 29 avr. 1998, RJS 1998, n° 716.

⁷ Sur l'application de cette compétence en dépit d'une rédaction imparfaite des textes après la recodification du Code du travail intervenue en 2007 : Cass. soc., 29 mai 2013, n° 12-12.952, publié.

⁸ Art. L. 1235-15, C. trav.

Si l'employeur était doublement tenu dès 1975 de consulter le comité d'entreprise sur le projet de licenciement collectif au titre des anciens Livres III et IV du Code du travail¹, ce projet relevant également des questions intéressant la marche générale de l'entreprise, restaient à déterminer les modalités d'articulation de ces deux procédures d'information et de consultation. Après avoir rappelé que ces deux procédures portant sur des objets distincts devaient être respectées l'une et l'autre, la Cour de cassation a, dans le fameux arrêt *Sietam* rendu le 16 avril 1996, autorisé l'employeur à les mener concomitamment sous réserve du respect de délais plus favorables². La loi du 17 janvier 2002 censura cette position jurisprudentielle en imposant à l'employeur d'avoir achevé la procédure de consultation du comité d'entreprise au titre de la marche générale de l'entreprise avant de pouvoir entamer celle sur le projet de licenciement collectif³. Cette disposition de la loi de modernisation sociale, après avoir été suspendue par la loi du 3 janvier 2003⁴, a été abrogée par la loi de cohésion sociale de 2005 qui consacra expressément dans le Code du travail la jurisprudence *Sietam*⁵.

Ainsi, avant la loi du 14 juin 2013, l'article L. 1233-30 du Code du travail disposait que l'employeur pouvait mener les deux consultations concomitamment, à la stricte condition de les respecter toutes les deux, ce qui impliquait que la convocation du comité fasse apparaître deux ordres du jour distincts, que l'employeur ait fourni aux membres du comité les différentes informations relatives aux deux consultations et que le procès verbal de la réunion fasse clairement apparaître que les représentants du personnel ont été consultés sur les deux objets de ces procédures distinctes⁶. La rédaction de l'article L. 1233-30 du Code du travail issue de la loi du 14 juin 2013 laisse à penser que, sauf aménagement conventionnel dans le cadre d'un accord de méthode conclu en application de l'article L. 1233-21 du Code du travail ou d'un accord majoritaire conclu en application de l'article L. 1233-24-1 dudit code, la consultation du comité d'entreprise est menée simultanément sur les projets de licenciement collectif et de restructuration.

S'il décide de mener ces deux consultations séparément, l'employeur devra commencer par consulter le comité sur le projet de restructuration lors de la première réunion

¹ Loi n° 75-5, du 3 janv. 1975, préc.

² Cass. soc. 16 avril 1996, *Sietam*, Bull. civ. V, n° 165 ; A. LYON-CAEN, « La Chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise », Dr. soc. 1996, p. 484 ; G.BELIER et H.-J.LEGRAND, « Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ? », Dr. soc. 1996, p. 932

³ Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, préc.

⁴ Loi n° 2003-3, du 3 jan v. 2003, préc.

⁵ Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, préc.

⁶ Cass. soc., 9 fév. 2000, Bull. civ. V, n° 62, Dr. soc. 2000, p. 446, obs. J. SAVATIER.

avant de solliciter son avis sur le projet de licenciement collectif au cours d'une seconde réunion. Toutefois, la concomitance de ces consultations peut se révéler être une solution adéquate tant il peut s'avérer en pratique délicat d'évoquer le projet de licenciement collectif ou le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et notamment des mesures tendant à éviter les licenciements ou en limiter le nombre sans aborder le projet de restructuration en lui-même¹. Il convient de noter que lorsque le comité d'entreprise doit être consulté avant le licenciement d'un salarié protégé compris dans le projet de grand licenciement collectif, la double procédure de consultation au titre du projet de restructuration et de celui de grand licenciement collectif doit être achevée préalablement à la consultation du comité relative au licenciement du salarié protégé².

458. Convocation et ordre du jour. Afin de consulter le comité d'entreprise sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif, l'employeur doit non seulement avoir transmis les informations nécessaires à la consultation du comité mais également convoquer ses membres et leur envoyer l'ordre du jour de la réunion au moins trois jours avant la tenue de celle-ci³. L'ordre du jour doit préciser si l'employeur entend consulter le comité seulement au titre du projet de restructuration lors de la première réunion, ou s'il souhaite le consulter à la fois à ce titre et au titre du projet de licenciement collectif. S'il souhaite mener concomitamment les deux consultations, ce n'est qu'à la stricte condition de les respecter toutes les deux, ce qui implique que la convocation du comité fasse apparaître deux ordres du jour distincts et que l'employeur ait fourni aux membres du comité les différentes informations relatives aux deux consultations⁴. L'ordre du jour de la réunion doit être établi conjointement par l'employeur et le secrétaire du comité⁵. Afin d'éviter qu'en cas de désaccord entre eux la procédure ne soit bloquée, la loi du 18 janvier 2005 a introduit la faculté dans une telle hypothèse pour l'employeur ou le secrétaire d'inscrire de plein droit à l'ordre du jour les consultations obligatoires en vertu de dispositions légales, conventionnelles ou réglementaires. Toutefois, *« l'élaboration conjointe de l'ordre du jour demeurant la règle, les dispositions de l'article L. 2325-15, alinéa 2, du code du travail ne dispensent pas l'employeur qui entend faire inscrire une question à l'ordre du jour de la réunion du comité*

¹ J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP S 2013, 1204.

² CE, 4^{ème} et 5^{ème} s-s-r, 26 janv. 2011, n° 326123, mentionné au Recueil Lebon.

³ Art. L. 2325-16, C. trav. Si l'ordre du jour doit être envoyé au moins trois jours avant la réunion, la convocation peut pour sa part avoir été remise aux membres du comité avant la transmission de l'ordre du jour ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.

⁴ Cass. soc., 9 fév. 2000, préc.

⁵ Art. L. 2325-15, C. trav.

d'entreprise de la soumettre préalablement au secrétaire du comité, alors même que la consultation de cette institution est obligatoire »¹.

459. Nombre de réunions. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi², l'employeur doit consulter le comité d'entreprise sur le projet de grand licenciement collectif au cours d'au moins deux réunions espacées d'au moins quinze jours³. L'article L. 1233-30 du Code du travail ne fixe que le nombre minimum de réunions du comité d'entreprise ; il ne fait référence ni au nombre maximal, ni même au nombre « raisonnable » de réunions au cours duquel le comité d'entreprise doit être consulté sur le projet⁴. Pour mémoire, un accord de méthode ou un accord majoritaire conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail peut augmenter le nombre de réunions⁵.

Par ailleurs, si l'employeur décide d'ouvrir la négociation avant d'entamer la procédure de consultation du comité sur le projet, il devra le réunir lors d'une « réunion zéro » au cours de laquelle le comité peut décider de mandater un expert-comptable pour qu'il assiste les organisations syndicales au cours de la négociation, avant que ne commence « *la procédure officielle* »⁶. De même, si l'employeur a ouvert une négociation en vue de conclure un accord majoritaire sur le plan de sauvegarde de l'emploi, la réunion du comité pour le consulter sur le projet d'accord vient s'ajouter aux deux réunions prévues par l'article L. 1233-30 du Code du travail⁷.

En outre, il convient d'indiquer que sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013, le nombre de réunions était obligatoirement porté à trois si le comité d'entreprise

¹ Cass. soc., 12 juil. 2010, Bull. civ. V, n° 169 ; JCP S 2010, 1419, note F. DUMONT, G. AUZERO, « Ordre du jour des réunions du comité d'entreprise : le principe de l'élaboration conjointe reste incontournable ! », N LXXN : N0471BQI.

² Pour les procédures engagées avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi (id est celles ayant donné lieu à la convocation à la première réunion du comité avant le 1^{er} juillet 2013, Loi n° 2013-504, du 14 janv. 2013, préc., art. 18-XXXIII), l'employeur doit consulter le comité d'entreprise sur le projet de grand licenciement collectif au cours de deux réunions espacées par des délais dont la durée est proportionnelle à l'ampleur du projet de licenciement. L'article L. 1233-30 en vigueur avant la loi de sécurisation de l'emploi disposait ainsi que « *Le comité d'entreprise tient deux réunions séparées par un délai qui ne peut être supérieur à :*

1° Quatorze jours lorsque le nombre des licenciements est inférieur à cent ;

2° Vingt et un jours lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à cent et inférieur à deux cent cinquante ;

3° Vingt-huit jours lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à deux cent cinquante. »

³ Art. L. 1233-30, C. trav.

⁴ J.-F. CESARO, art. préc.

⁵ Art. L. 1233-21, C. trav. (accord de méthode), L. 1233-24-1, C. trav. (accord majoritaire, L. 1233-24-4, C. trav. (document unilatéral)

⁶ Instr. DGEFP/DGT, 19 juil. 2013, préc. pt 1 de la fiche n° 1.

⁷ Cass. soc., 5 mai 1998.

décidait de recourir à un expert-comptable en application de l'article L. 1233-34 du Code du travail¹. Le comité devait alors disposer entre les deux dernières réunions d'un délai d'examen suffisant pour que sa consultation soit utile². Désormais, tel n'est plus le cas, le recours à un expert-comptable décidé lors de sa première réunion par le comité n'oblige pas légalement à la tenue d'une troisième réunion du comité. Toutefois, il semble probable que dans la plupart des cas une troisième réunion sera prévue soit par accord collectif³, soit par l'employeur dans le cadre du document unilatéral visé à l'article L. 1233-24-4 du Code du travail⁴. Pour ce qui concerne le déroulement de la réunion du comité, il convient d'indiquer que la seule circonstance qu'elle se soit déroulée au cabinet du liquidateur en présence des forces de l'ordre n'est pas de nature à vicier la procédure de consultation à la condition que cela soit justifié par les tensions existant au sein de l'entreprise⁵.

460. Articulation des consultations des institutions représentatives nationales. Nous l'avons vu, bien que la loi de sécurisation de l'emploi n'ait pas expressément consacré la jurisprudence préexistante imposant l'antériorité de la consultation du CHSCT sur celle du comité d'entreprise⁶, le(s) CHSCT, ou l'instance de coordination le cas échéant doivent vraisemblablement être consulté(s) avant le comité d'entreprise. En effet, l'instruction du 19 juillet 2013 prévoit que l'avis du CHSCT doit être transmis au comité d'entreprise⁷, confirmant ainsi le principe dégagé par la jurisprudence de l'antériorité de la consultation du ou des CHSCT sur celle du comité d'entreprise.

Dans les entreprises dotées d'un comité central d'entreprise, l'employeur consulte ce dernier et le ou les comités d'établissement concerné(s) si les mesures envisagées excèdent les

¹ L'article L. 1233-35 du Code du travail alors en vigueur disposait que : « *Lorsqu'il recourt à l'assistance d'un expert-comptable, le comité d'entreprise tient une deuxième réunion au plus tôt le vingtième et au plus tard le vingt-deuxième jour après la première.*

Il tient une troisième réunion dans un délai courant à compter de sa deuxième réunion. Ce délai ne peut être supérieur à :

1° Quatorze jours lorsque le nombre de licenciements est inférieur à cent ;

2° Vingt et un jours lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à cent et inférieur à deux cent cinquante ;

3° Vingt-huit jours lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à deux cent cinquante.

Une convention ou un accord collectif de travail peut prévoir des délais plus favorables aux salariés. »

² Cass. soc., 16 avr. 1996, *Sietam*, Bull. civ. V, n° 165, 2ème arrêt.

³ Accord de méthode conclu en application de l'article L. 1233-21 du Code du travail ou d'un accord majoritaire conclu en application de l'article L. 1233-24-21 du Code du travail

⁴ Art. L. 1233-24-4, C. trav.

⁵ TA Nîmes, Ch. 2, 6 déc. 2013, n° 1302452, n° 2013-028-780.

⁶ Cass. soc., 4 juil. 2012, Bull. civ. V, n° 215 ; JCP S 2012, 1542, note F. DUQUESNE ; Cass. soc., 10 juil. 2013, préc. ; Cass. crim., 18 janvier 2011, Dr. soc. 2011, p. 726, obs. F. DUQUESNE.

⁷ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, p. 4 ; sur cette instruction, V. JCP S 2013, act. 361.

pouvoirs du ou des chef(s) établissement¹. Comme le souligne Patrick MORVAN, même si un seul établissement de l'entreprise est concerné par un projet de grand licenciement collectif, il apparaît peu probable qu'une telle décision relève du seul pouvoir du chef d'établissement, ce qui implique qu'en principe le comité central d'entreprise devrait en tout état de cause être consulté dès lors que le projet de grand licenciement collectif est envisagé dans une entreprise à structure complexe employant au moins cinquante salariés². Pour ce qui concerne l'articulation entre les consultations du comité central et celles du ou des comité(s) d'établissement, l'article L. 1233-36 du Code du travail dispose que « *Dans ce cas, le ou les comités d'établissement tiennent leurs réunions après celles du comité central d'entreprise tenues en application de l'article* » L. 1233-30 du Code du travail. Si la formule peut paraître ambiguë en ce qu'elle pourrait laisser croire que ce n'est qu'une fois achevée la consultation du comité central et la tenue de ses deux réunions que doivent être consultés les comités d'établissement³, à notre sens tel n'est pas cas. L'articulation prévue antérieurement devrait être maintenue. Ainsi, le ou les comités d'établissement devront vraisemblablement tenir leurs deux réunions respectivement après la première et la deuxième réunion du comité central d'entreprise sur le fondement de l'article L. 1233-30 du Code du travail. L'ensemble de ces consultations devra se dérouler dans le délai prefix dudit texte dans lequel les représentants du personnel doivent avoir rendu leurs avis.

Par ailleurs, si de prime abord la faculté de recourir à expert-comptable semble réservée au seul comité central, l'article L. 1233-36 du Code du travail disposant que « *Si la désignation d'un expert-comptable est envisagée, elle est effectuée par le comité central d'entreprise* » lors de sa première réunion⁴, tel n'est pas le cas puisque « *la carence dudit comité central ne peut priver le comité d'établissement concerné par le projet de licenciement du droit d'être assisté par un expert-comptable* »⁵. À ce titre, l'instruction du 19 juillet 2013 confirme également que « *Si le comité central d'entreprise ne désigne pas d'expert, le ou les comités d'établissement concernés par le projet peuvent désigner un expert* »⁶. Les modalités de l'expertise, qu'il s'agisse des délais dans lesquels sont enserrés les échanges d'informations entre employeur et expert ou du terme auquel ce dernier doit avoir rendu son rapport (*id est* quinze jours avant l'expiration des délais de l'article L. 1233-30 Code du

¹ Art. L. 1233-36, C. trav.

² P. MORVAN, *op. préc.*, p. 592.

³ J.-F. CESARO, *art. préc.*

⁴ Art. L. 1233-36, al. 2, C. trav.

⁵ Cass. soc., 25 janv. 1995, Bull. civ. V, n° 37 ; Dr. soc. 1995, p. 271, obs. M. COHEN ; Dr. ouv. 1995, p. 211 ; RJS 1995, n° 221.

⁶ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, Fiche n° 1, II, 2.

travail), sont identiques que l'expert soit désigné par le comité d'entreprise, le comité central ou le comité d'établissement¹.

461. *Articulation des consultations nationales avec celle du comité d'entreprise européen.* Lorsqu'un projet de grand licenciement collectif dans une entreprise ou un établissement situé en France constitue en réalité l'une des modalités de mise en œuvre d'une restructuration transfrontalière décidée au niveau de la direction d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire, le comité d'entreprise européen doit être consulté en sus des institutions représentatives nationales. La question de l'articulation des consultations du comité d'entreprise européen avec celle du comité d'entreprise n'est pas clairement tranchée par les textes et la doctrine est divisée s'agissant de déterminer « l'articulation idéale »². Certains considèrent ainsi que l'instance européenne doit être consultée en priorité pour que les représentants nationaux disposent d'une information plus complète³ puisque les difficultés particulières soulevées par le projet transnational au niveau de chacun des États concernés pourront avoir été identifiées⁴. Une telle articulation devrait permettre selon ses partisans de déterminer la chronologie des différentes phases nationales de la restructuration⁵, mais aussi de faciliter une mobilisation globale des salariés dans le groupe au sein du comité d'entreprise européen⁶. D'autres estiment à l'inverse que les instances nationales doivent être consultées en priorité afin de permettre à l'instance européenne de se prononcer en connaissant les différents avis sur le projet rendus par les instances nationales⁷, voire éventuellement de profiter du rapport de force établi au niveau national pour faire évoluer le projet⁸.

La directive du 6 mai 2009 relative au comité d'entreprise européen est intervenue notamment pour combler le mutisme de celle de 1994, qu'elle a abrogée,⁹ sur l'articulation

¹ Sur l'encadrement de l'expertise.

² B. KRIEF, « L'articulation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation du personnel », JCP S 1116.

³ M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe* : LGDJ, 9e éd. 2009, p. 211. ; S. LAULOM, « La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens » SSL, n° 1399, p. 5

⁴ P. RODIERE, « Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ? », *Dr. soc.* 2007, p. 1021.

⁵ M.-A. MOREAU, « Restructurations et comité d'entreprise européen », *Dr. soc.* 2006, p. 313.

⁶ M.-A. MOREAU et J.-J. PARIS, « Le rôle du comité d'entreprise européen au cours des restructurations – Expériences et perspectives », SSL, suppl. n° 1376, p. 3.

⁷ B. TEYSSIE, *Droit du travail – Relations collectives*, Litec, 7e éd. 2011, p. 405, n° 709 ; A. MARTINON, « Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational », *Dr. soc.* 2010, p. 797

⁸ G. BELIER et E. BLEDNIAK, « Débat sur le comité d'entreprise européen », SSL n° 1150, p. 6

⁹ Dir. n° 94/45/CE DU CONSEIL du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de

des consultations, en se fixant notamment pour objectif d'assurer « *une meilleure articulation des instruments législatifs communautaires en matière d'information et de consultation des travailleurs* »¹, objectif qu'elle n'atteint pas vraiment...

Ainsi, la directive de 2009, transposée en France par l'ordonnance du 20 octobre 2011², privilégie le recours à la voie conventionnelle pour déterminer cette articulation. Elle dispose à ce titre qu'en présence d'un comité d'entreprise européen institué par accord, celui-ci détermine « *les attributions et la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise européen ainsi que les modalités d'articulation entre l'information et la consultation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation des travailleurs* », principe repris à l'article L. 2342-9 du Code du travail. Certains accords instituant un comité d'entreprise européen fixent réellement les modalités de cette articulation, à l'instar par exemple de l'accord conclu au sein du groupe *Thalès* qui stipule que la consultation du comité d'entreprise européen « *sera effectuée avant le terme des procédures d'information/consultation des instances nationales* »³ ; ou de celui du groupe *Transdev* qui énonce que la réunion du comité d'entreprise européen se tiendra « *après que les instances nationales [ont] été informées du projet* »⁴. A l'inverse, nombre d'accords sont silencieux sur la question ou très imprécis. Ainsi, par exemple, l'accord conclu au sein du groupe *Lafarge* énonce que les procédures de consultation des instances européennes et nationales « *devront être coordonnées sans préjudice sur la compétence ou sur le champ d'action* » de chacune des institutions⁵. Dès lors que la chronologie des consultations est prévue par l'accord instituant le comité européen, l'employeur est tenu de respecter ses stipulations et de se conformer aux modalités articulant consultation du comité européen et comité d'entreprise.

Toutefois, il est possible que l'accord soit silencieux sur cette question, voire qu'aucun accord n'ait été conclu sur la mise en place d'un comité d'entreprise d'europpéen et que, de

dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JOCE n° L 254 du 30 sept. 1994, p. 0064 - 0072

¹ Dir. 2009/38/CE, 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs : JOUE n° L 122, 16 mai 2009, *consid.* 7.

² Ordonnance n° 2011-1328 du 20 octobre 2011 portant transposition de la directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JO du 21 octobre 2011, p. 17832

³ *Accord relatif au comité d'entreprise européen du groupe Thalès*, 18 déc. 2007, art. 2.2.

⁴ *Comité de groupe européen Transdev*, avenant n° 3, 9 févr. 2006, art. 13.

⁵ *Accord Lafarge*, 1er juin 2011, art. 4.1.3. Pour un panorama des différents types de stipulations relatives à l'articulation des consultations du comité d'entreprise européen et du comité d'entreprise, V. B. KRIEF, art. préc.

fait, s'appliquent les dispositions légales subsidiaires relatives au comité d'entreprise européen institué en l'absence d'accord¹. Or, aucune disposition légale ne règle la question de la chronologie des consultations du comité d'entreprise européen et du comité d'entreprise français. Certes, la directive semble plutôt pencher pour le principe de l'antériorité de la consultation du comité d'entreprise européen, mais elle n'évoque la question que de manière relativement ambiguë et seulement dans son préambule dont le point 37, *in fine*, énonce que « *Les législations et/ou la pratique nationales devraient éventuellement être adaptées pour que le comité d'entreprise européen puisse, le cas échéant, être informé avant ou en même temps que les instances nationales de représentation des travailleurs, tout en ne réduisant pas le niveau général de protection des travailleurs.* »

L'absence de dispositions légales imposant une chronologie entre les consultations du comité d'entreprise européen et celles des représentants du personnel nationaux a conduit les juges à devoir statuer au cas par cas en recherchant avant tout l'articulation la plus à même de conférer aux diverses consultations un « effet utile ». La plupart des juges du fond a tendance à préconiser l'antériorité de la consultation du comité européen², certains soulignant tout de même que « *que la consultation du comité d'entreprise européen sera d'autant plus fructueuse que cet organisme sera éclairé par les avis des comités centraux d'entreprise et des comités d'établissement* »³.

Si l'antériorité de la consultation du comité d'entreprise européen semble logique lorsque la décision donnant lieu à un projet de grand licenciement collectif a été prise au niveau de la direction de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire, il est tout de même regrettable que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de la loi du 14 juin 2013 pour

¹ Art. L. 2343-1 et s., C. trav.

² Il a ainsi été jugé que lorsqu'il s'agit « *d'implantations industrielles en zone frontalière (...) l'intérêt chronologique d'une concertation première à l'échelle du comité européen s'impose logiquement dans la recherche de solutions globales* ». La consultation européenne doit primer car « *elle est de nature à influencer sur le projet présenté à la consultation nationale* » (TGI Nanterre, réf., 1er août 2003, n° 03/02164 : Dr. ouvrier 2004, p. 390, note M. BONNECHERE ; RJS 2004, n° 323.). Des juges ont également décidé que lorsqu'une expertise est en cours, « *il apparaît à l'évidence nécessaire (...) que la procédure de consultation du comité d'entreprise européen du groupe (...) aille à son terme laquelle est susceptible d'apporter des modifications ou des aménagements du projet litigieux, avant que ne soit engagée celle du comité central d'entreprise (...) de manière à permettre à celui-ci d'émettre un avis en parfaite connaissance de cause* » (TGI Paris, réf., 10 oct. 2003, n° 03/59933). De même, on a pu estimer que le comité d'entreprise national ne peut être utilement consulté sur un projet transfrontalier de cession sans avoir été destinataire des observations et avis recueillis auprès de l'instance de dialogue européen (TGI Melun, 13 oct. 2006, n° 06/00327) ou qu'il faut que « *la consultation aille du haut, là où la décision est prise, vers le bas, là où la décision est appliquée* », tout en soulignant « *que la consultation du comité d'entreprise européen sera d'autant plus fructueuse que cet organisme sera éclairé par les avis des comités centraux d'entreprise et des comités d'établissement* » (TGI Sarreguemines, réf., 21 avr. 2009, n° 9.09/00048 : RDT 2009, préc.).

³ TGI Sarreguemines, réf., 21 avr. 2009, n° 9.09/00048 : RDT 2009, p. 390, note H. TISSANDIER ; Liaisons sociales Europe 2009, n° 225, p. 2

trancher clairement la question et définir l'articulation des procédures de consultation du comité d'entreprise européen et du comité d'entreprise français¹. Cela est d'autant plus déplorable que désormais la consultation du comité d'entreprise sur le projet de grand licenciement collectif étant enserrée dans des délais préfix. Certes, s'il ne dispose pas de l'avis du comité d'entreprise européen lors de sa consultation, le comité pourra demander à l'Administration dans le cadre de l'article L. 1233-57-5 du Code du travail qu'elle enjoigne à l'employeur de consulter l'instance européenne. Toutefois, le temps que la DIRECCTE rende sa décision, cinq jours lui sont impartis pour le faire², que le comité européen se réunisse, étudie le projet dans les différentes implantations communautaires de l'entreprise, etc., il est possible que le comité d'entreprise ne dispose de l'avis de l'instance européenne qu'au dernier moment, juste avant la date à laquelle il doit rendre ses avis, voire que celui ne lui parvienne qu'après... Dans de telles circonstances sans doute l'Administration constatera-t-elle une irrégularité de procédure et refusera d'homologuer ou de valider le projet de licenciement afin que le comité d'entreprise puisse être à nouveau consulté et que cette consultation soit efficiente. Il convient tout de même d'attendre une décision administrative, voire une position de la jurisprudence administrative, en ce sens. Il semble indispensable que l'Administration prenne une position claire sur la chronologie devant présider à la consultation des instances nationales et européenne afin de mettre fin à l'insécurité juridique actuelle particulièrement malvenue eu égard aux enjeux économiques et sociaux en cause et à l'existence d'un délai préfix au terme duquel, si le comité d'entreprise ne s'est pas prononcé, il est réputé avoir été consulté.

462. Délai imparti au comité pour rendre ses avis. Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013, aucun délai n'était imparti au comité d'entreprise pour rendre ses avis sur les projets de restructuration et de grand licenciement collectif ; seuls étaient fixés les délais séparant les réunions du comité. Faute de délai maximum imposés aux représentants du personnel, la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise pouvait « s'avérer quasiment sans fin » et ralentir considérablement la mise en œuvre de la restructuration et du projet de licenciement au gré des multiples « péripéties » qui pouvaient intervenir en cours de procédure : recours à différents experts qui n'étaient soumis à aucun délai maximum pour rendre leurs avis, suspension de la procédure pour défaut d'information suffisante,

¹ En ce sens, J.-F. CESARO, art. préc.

² Art. L. 1233-57-5, C. trav.

sollicitation de l'avis préalable du CHSCT, etc., autant d'incidents qui allongent la durée réelle de la procédure et bloquent éventuellement le projet de restructuration alors même que cela pouvait se révéler nuisible tant à l'entreprise qu'aux salariés.

C'est pourquoi, les partenaires sociaux dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2013 ont souhaité que la procédure soit enserrée dans des délais préfix, insusceptibles de suspension ou de prorogation¹. Ainsi, afin de sécuriser le déroulement de la procédure de consultation du comité et d'éviter que celle-ci ne s'éternise en offrant aux employeurs la maîtrise de la durée de la procédure, la loi du 14 juin 2013 a consacré le vœu des partenaires sociaux et impose au comité d'entreprise de rendre ses deux avis dans un délai courant à compter de sa première réunion. Toutefois, l'instruction du 19 juillet 2013 précise que le délai préfix dans lequel le comité doit avoir rendu ses avis ne commence à courir que lorsque « *l'information du comité d'entreprise a été faite* [à la fois au titre du projet de restructuration et de compression des effectif et au titre du projet de grand licenciement collectif]. *Ainsi, lorsque la réunion d'information ne porte que sur l'opération projetée et ses modalités d'application, le délai de procédure ne démarre pas tant que le comité d'entreprise n'a pas été convoqué au sujet du projet de licenciement économique collectif* »². Cela signifie donc que si l'employeur ne décide pas de mener concomitamment les consultations du comité au titre de l'article L. 2323-15 sur le projet de restructuration et celle relative au projet de grand licenciement collectif, mais que la première réunion est seulement dédiée à la réorganisation, les délais ne commenceront à courir qu'à compter de la seconde réunion du comité dédiée au projet de licenciement. À ce titre, le tribunal de grande instance de Créteil a décidé qu'une réunion informelle du comité d'entreprise qui n'est pas prévue par l'article L. 1233-30 du Code du travail ne saurait caractériser le commencement de la procédure de licenciement collectif et partant ne fait pas courir le délai préfix visés audit article³.

Si l'article L. 1233-30 du Code du travail impose au comité de rendre ses avis dans un délai compris entre deux et quatre mois selon l'ampleur du projet du licenciement, délais plus longs que ceux qui, avant la loi de sécurisation de l'emploi, devaient séparer ses deux réunions⁴, cet article précise qu'un accord collectif peut prévoir des délais différents. Les

¹ ANI, 11 janv. 2013, préc.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, fiche 1, II, 2.

³ TGI Créteil, ord. réf., 21 nov. 2013, n° 13/01404, JCP S 2013, 1476, note P. MORVAN.

⁴ L'article L. 1233-30 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi de sécurisation de l'emploi prévoyait ainsi que « *Le comité d'entreprise tient deux réunions séparées par un délai qui ne peut être supérieur à :*

1° Quatorze jours lorsque le nombre des licenciements est inférieur à cent ;

partenaires sociaux semblent donc habilités dans un accord de méthode ou dans un accord majoritaire conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail à instaurer des délais inférieurs aux délais légaux, alors que sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 14 juin 2013, ils ne pouvaient prévoir que des délais plus favorables¹.

Dans la mesure où d'une part les délais fixés par l'article L. 1233-30 du Code du travail sont des délais préfix et où, d'autre part, afin de sécuriser le déroulement de la procédure et d'éviter qu'en ne rendant pas d'avis le comité ne paralyse la procédure de licenciement, ce texte prévoit qu'en l'absence d'avis rendu dans les délais impartis le comité est réputé avoir été consulté, à l'instar du CHSCT², il semble préférable eu égard à la relative brièveté des délais que les partenaires sociaux envisagent de les allonger et non de les raccourcir afin que la consultation des représentants du personnel puisse réellement avoir un effet utile et permette la prise en compte des intérêts des salariés au cours du processus décisionnel. Les délais impartis au comité d'entreprise pour rendre ses avis étant des délais préfix, leur terme ne saurait être reporté même si à leur échéance il ne dispose pas du rapport de l'expert agréé désigné par le CHSCT ou l'instance de coordination³, que l'expert-comptable par lui désigné ne lui a pas remis son rapport⁴, que l'avis du CHSCT ou de l'instance de coordination ne lui pas été transmis ou encore, le cas échéant, que ne lui a pas été communiqué celui du comité d'entreprise européen.

Le comité pourrait ainsi se trouver contraint d'émettre un avis alors même qu'il ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour que cet avis soit éclairé ce qui revient à réduire à néant l'efficacité de sa consultation et à nuire à l'effectivité du droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise *via* leurs représentants⁵. Cependant, il semble probable que si lors du contrôle du projet de licenciement collectif l'Administration estime que les circonstances n'ont pas permis au comité d'émettre un avis utile sur le projet, elle refusera d'homologuer ou de valider le projet imposant ainsi une nouvelle consultation de ce dernier⁶.

Si la volonté que les employeurs puissent maîtriser les délais afin de pouvoir mettre en place « en temps et en heure » un projet de restructuration et de grand licenciement collectif,

2° *Vingt et un jours lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à cent et inférieur à deux cent cinquante ;*

3° *Vingt-huit jours lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à deux cent cinquante. ».*

¹ L'article L. 1233-30 dans sa rédaction antérieure à la loi de sécurisation de l'emploi disposait en effet qu'« Une convention ou un accord collectif de travail peut prévoir des délais plus favorables aux salariés. ».

² Art. L. 4614-12-1, *in fine*, C. trav.

³ Art. R. 4616-9, C. trav.

⁴ Art. R. 1233-3-1, C. trav.

⁵ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 8.

⁶ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

sécurisant et rationalisant ainsi la procédure, est louable, il est essentiel qu'elle ne se révèle pas contreproductive en réduisant en pratique l'efficacité de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de restructuration et de licenciement collectif, palliatif de l'impuissance du droit social face aux décisions de restructuration.

De ce point de vue l'instauration du principe du « délai couperet », selon lequel à l'expiration du délai de l'article L. 1233-30 du Code du travail qu'ils se soient ou non prononcés les représentants du personnel sont réputés avoir été consultés pourrait s'avérer extrêmement nuisible à la qualité du dialogue social et ainsi à l'effectivité et l'efficacité de la consultation des représentants du personnel ne permettant pas d'assurer réellement la prise en compte des intérêts des salariés dans l'élaboration du projet. Patrick MORVAN redoute ainsi que le « mécanisme de la « mort subite » ne fasse qu'aggraver les tensions autour des restructurations (...). Un dialogue social placé sous la pression d'un compte à rebours peut conduire au pire (la rupture du dialogue) comme au meilleur (la célérité du dialogue) »¹. Toutefois célérité n'implique ni qualité ni efficacité du dialogue...

Le temps jouant désormais « en faveur des employeurs » du fait des ces délais couperets, ils pourraient être tentés de l'instrumentaliser pour affaiblir le contrôle du projet de restructuration et de licenciement collectif par les représentants du personnel, dans la mesure où à l'expiration de délais de l'article L. 1233-30 du Code du travail, ces derniers sont réputés avoir été consultés quand bien même ils n'auraient pas émis d'avis. Toutefois, nous ne saurions assez conseiller aux employeurs d'éviter d'adopter une telle attitude qui pourrait se révéler risquée et « provoquer l'ire » de l'Administration du travail... En effet, un tel comportement, visant à réduire à néant l'utilité et l'efficacité du contrôle par comité d'entreprise du projet de grand licenciement collectif, devrait vraisemblablement être sanctionné par l'Administration du travail par un refus d'homologuer ou de valider le projet de licenciement... Outre la probable sanction immédiate d'une telle instrumentalisation du temps par un refus d'homologation ou de validation du projet, paralysant ainsi le prononcé des licenciements envisagés, une telle attitude de l'employeur risque de le placer « dans le viseur » de l'Administration du travail et pourrait entraîner un éventuel excès de zèle de la part de l'inspecteur du travail dont relève l'entreprise, qui pourrait être tenté de multiplier à l'envie des contrôles en tous genres...

¹ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 370.

463. Issue de la procédure. En l'absence d'accord majoritaire, l'employeur est tenu après la dernière réunion du comité d'entreprise, d'élaborer un document unilatéral déterminant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi¹. Ce document unilatéral doit en outre fixer les modalités de mise en œuvre des licenciements qu'il s'agisse du nombre de suppressions d'emplois et des catégories professionnelles concernées, du calendrier des licenciements ou des modalités de mise en œuvre des mesures de formation d'adaptation et de reclassement². Par ailleurs, le document doit définir les critères retenus pour l'ordre des licenciements ainsi que leur éventuelle pondération. Pour mémoire, certaines DIRECCTE admettent également qu'il adapte le périmètre d'application de l'ordre des licenciements, position validée par certains juges du fond³.

Par ailleurs, et assez curieusement de prime abord, il est prévu que ce document peut également porter sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise, ce qui n'est pas sans surprendre dans la mesure où en application de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail ce document doit être élaboré une fois la procédure d'information et de consultation achevée. Cette possibilité accordée à l'employeur d'aménager de la procédure alors même qu'elle est terminée peut être interprétée comme la faculté offerte à ce dernier de décider d'étendre la procédure ou de l'améliorer en prévoyant par exemple une réunion supplémentaire avec les représentants du personnel pour qu'ils se prononcent sur le plan de sauvegarde de l'emploi définitivement adopté⁴. On peut également estimer que le fait que le document unilatéral contienne des prévisions relatives aux modalités d'information/consultation du comité alors que la procédure est achevée a une fonction récapitulative. L'employeur retracerait ainsi rétrospectivement dans le document les différentes étapes de la procédure afin d'en faciliter le contrôle par l'Administration en vue de l'homologation du projet de licenciement⁵.

Une autre interprétation de cette faculté d'adapter les modalités de la procédure de consultation du comité dans le document unilatéral nous semble pertinente. Si le document est établi définitivement en fin de procédure avant d'être transmis pour homologation à la DIRECCTE, il est plus que vraisemblable qu'en pratique le projet de document unilatéral sera présenté par l'employeur aux représentants du personnel dès le commencement de la procédure afin que ces derniers soient utilement consultés sur le projet de plan de sauvegarde

¹ Art. L. 1233-61, C. trav. ; pour des développements sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

² Art. L. 1233-24-4, C. trav.

³ TA Cergy-Pontoise, 11 juillet 2014, n° 140270.

⁴ En ce sens, J.-F. CESARO, art. préc.

⁵ En ce sens, G. COUTURIER, art. préc.

de l'emploi, les modalités de mise en œuvre des licenciements envisagées par l'employeur, etc. Ainsi, l'employeur pourrait également, en l'absence d'accord de méthode ou d'accord majoritaire, décider avec les membres du comité d'entreprise d'adapter les modalités de la procédure en allongeant les délais préfix, en prévoyant la tenue d'une troisième réunion en cas de recours à un expert-comptable, etc. La fixation dans le document unilatéral des modalités de consultation du comité en concertation avec ce dernier constituerait ainsi une sorte de succédané de l'accord atypique qui peut être conclu entre l'employeur et le comité d'entreprise en application de l'article L. 2323-3 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi de sécurisation de l'emploi¹. Cet article, qui n'est pas applicable à la procédure de consultation du comité sur un projet de grand licenciement collectif, dispose ainsi que « *Sauf dispositions législatives spéciales, un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise ou, le cas échéant, le comité central d'entreprise, adopté à la majorité des membres titulaires élus du comité, ou, à défaut d'accord, un décret en Conseil d'Etat fixe les délais dans lesquels les avis du comité d'entreprise sont rendus dans le cadre des consultations prévues aux articles L. 2323-6 à L. 2323-60, ainsi qu'aux articles L. 2281-12, L. 2323-72 et L. 3121-11. Ces délais, qui ne peuvent être inférieurs à quinze jours, doivent permettre au comité d'entreprise d'exercer utilement sa compétence, en fonction de la nature et de l'importance des questions qui lui sont soumises et, le cas échéant, de l'information et de la consultation du ou des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.* »². Ainsi, la faculté d'adapter la procédure d'information/consultation dans le cadre du document unilatéral semble à notre sens devoir être faite en concertation avec le comité afin de permettre aux intéressés d'adapter au mieux la procédure de consultation au regard des spécificités de l'entreprise, de l'ampleur

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² Art. L. 2323-3, C. trav. Le décret du 27 décembre 2013 est ainsi venu préciser les délais applicables en l'absence d'accord. Il a ainsi modifié l'article R. 2323-1 du Code du travail qui dispose désormais que « *Pour l'ensemble des consultations mentionnées au troisième alinéa de l'article L. 2323-3 pour lesquelles la loi n'a pas fixé de délai spécifique, le délai de consultation du comité d'entreprise court à compter de la communication par l'employeur des informations prévues par le code du travail pour la consultation ou de l'information par l'employeur de leur mise à disposition dans la base de données dans les conditions prévues aux articles R. 2323-1-5 et suivants.* ». Ce décret a en outre introduit l'article R. 2323-1-1 dans le Code du travail qui énonce que « *Pour les consultations mentionnées à l'article R. 2323-1, à défaut d'accord, le comité d'entreprise est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date fixée à cet article.*

En cas d'intervention d'un expert, le délai mentionné au premier alinéa est porté à deux mois.

Le délai mentionné au premier alinéa est porté à trois mois en cas de saisine d'un ou de plusieurs comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et à quatre mois si une instance de coordination des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est mise en place à cette occasion, que le comité d'entreprise soit assisté ou non d'un expert.

L'avis du ou des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est transmis au comité d'entreprise au plus tard sept jours avant l'expiration du délai mentionné au troisième alinéa. ». D. n° 2013-1305, du 27 déc. 2013 relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise, JO du 31 déc. 2013, p. 22409 ; JCP S 2014, act. 4.

du projet, des problématiques spécifiques qu'il peut soulever, etc., permettant ainsi un déroulement serein de la procédure dont les modalités auront été déterminées par ses acteurs, ce qui devrait réduire le risque de tensions ou de recours à la procédure d'injonction de l'Administration susceptible d'être saisie en cours de procédure pour s'assurer de sa régularité¹.

En effet, si à défaut d'emprise sur la décision de restructuration, le droit social a choisi de soumettre la décision de procéder à un grand licenciement collectif au contrôle des représentants du personnel qui ne sont que consultés et ne peuvent aucunement empêcher la réalisation de la restructuration et/ou des licenciements, cette décision est également soumise au contrôle de l'Administration du travail qui pour sa part dispose d'un pouvoir à l'égard de la mise en œuvre du projet en ce que sans validation ou homologation administrative du projet de licenciement collectif, l'employeur ne peut, à peine de nullité, prononcer les licenciements.

§ 2 : Le contrôle administratif des décisions de grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariées au moins

464. *Flux et reflux du contrôle administratif.* De 1975 à 1986, l'Administration du travail a joué un rôle central dans le droit des licenciements pour motif économique puisqu'à défaut d'autorisation délivrée par elle l'employeur ne pouvait prononcer de telles ruptures sous peine que les licenciements ne soient considérés comme abusifs². Puis de 1986, date de la suppression de cette autorisation³, à la loi du 14 juin 2013⁴, l'Administration du travail, bien qu'exclue du devant de la scène, a conservé un certain pouvoir non négligeable en coulisses. Au-delà de l'autorisation du licenciement des salariés protégés dont la protection spécifique doit être respectée en cas de rupture pour motif économique⁵, l'Administration du travail disposait durant cette période de pouvoirs d'influence et d'alerte loin d'être

¹ Art. L. 1233-57-5, C. trav.

² Loi n° 75-3, du 3 janv. 1975, préc.

³ Lois n° 86-797 du 3 juillet 1986 et n° 86-1320 du 30 décembre 1986, préc.

⁴ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁵ Art. L. 1231-2, C. trav.

insignifiants¹. Ainsi, si ses pouvoirs juridiques étaient relativement faibles, l'autorité administrative jouait en pratique un rôle non négligeable : en conseillant l'employeur, elle influait sur sa décision en contribuant le plus souvent à l'enrichissement des mesures sociales d'accompagnement des salariés licenciés. À ce titre, et bien que dépourvus d'effet juridique, ses avis sur le plan de sauvegarde de l'emploi ou le respect de la procédure étaient susceptibles de peser dans le cadre d'un débat judiciaire, ce qui conférait à l'Administration une certaine influence sur les décisions de licenciement collectif. Cette influence était de surcroît renforcée par le fait qu'avec les conventions FNE, l'administration du travail possédait, et possède toujours, un véritable « levier » de nature à permettre un enrichissement du plan de sauvegarde de l'emploi². En effet, les employeurs qui établissent un plan prévoient régulièrement la souscription de conventions FNE, dont la négociation se déroule entre l'employeur et l'administration du travail qui dispose donc à ce titre d'une « arme » en pouvant décider de subordonner la conclusion de conventions FNE à l'enrichissement du plan de sauvegarde de l'emploi. Enfin, ces pouvoirs d'influence étaient renforcés par son « pouvoir de nuisance »³, puisqu'il est toujours préférable pour un employeur d'éviter d'être en conflit avec l'inspecteur du travail territorialement compétent au risque de voir ce dernier faire ultérieurement du zèle en d'autres occasions.

Le rôle de l'Administration du travail, dans le cadre des grands licenciements collectifs dans les entreprises de cinquante salariés au moins, fut donc surtout pédagogique et « officieux » à partir de 1986 tandis que le juge judiciaire se voyait confier non seulement le contrôle de la cause du licenciement mais également celui du respect des procédures de licenciement collectif, ainsi que celui du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, mesure phare de l'accompagnement social des salariés licenciés pour motif économique. La faculté d'introduire des recours judiciaires tendant à suspendre la procédure d'information/consultation, accusée de ralentir la mise en place de restructurations souvent vitales pour l'entreprise et la possible remise en cause par le juge judiciaire du plan de sauvegarde de l'emploi plusieurs années après son adoption (remise en cause aux conséquences lourdes du fait des « nullités en cascade »⁴ qu'elle entraînait)⁵, ont suscité de

¹ D. BALMARY, « Plans sociaux et administration du travail : convaincre ou contraindre ? », Dr. soc. 1994, p. 477.

² N. KERSCHEN et A.-V. NENOT « La fin des préretraites ou l'éternel recommencement ? », Dr. soc. 1993, p. 470.

³ Expression employée, par P. SAUNERON lors d'un entretien alors qu'il était Directeur adjoint à l'emploi de la DDTEFP de Bordeaux en novembre 2004.

⁴ Expression empruntée à P. MORVAN, *op. préc.*

⁵ Cass. soc., 12 fév. 1997, *La Samaritaine*, *préc.*

vives critiques notamment au regard du principe de sécurité juridique. C'est pourquoi, dans l'ANI du 11 janvier 2013¹, les partenaires sociaux décidèrent de soustraire au contrôle du juge judiciaire les procédures de grand licenciement collectif mises en place dans les entreprises d'au moins cinquante salariés pour le confier à l'Administration du travail. Le vœu ainsi formulé par les partenaires sociaux fut consacré par la loi de sécurisation de l'emploi².

En lieu et place du contrôle aléatoire du juge judiciaire susceptible non seulement d'intervenir au cours de la procédure et d'allonger considérablement mais également une fois les licenciements prononcés avec un risque d'annulation de la procédure et des ruptures plusieurs années après leur prononcé, la réforme de 2013 soumet les projets de grands licenciement collectifs à un contrôle administratif *a priori*, et partant systématique,³.

Il peut de prime abord sembler surprenant que, près de trente ans après que le patronat de l'époque eut réclamé à corps et à cris la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, le patronat actuel ait souhaité revenir à un contrôle administratif *a priori* du prononcé des grands licenciements collectifs dans les entreprises de cinquante salariés au moins. En réalité, ce « revirement » n'est pas si étonnant ; il ne s'agit en effet pas d'un retour au système de 1986, l'Administration du travail contrôlant seulement le projet de licenciement collectif et sa conformité aux dispositions légales, et non le motif de licenciement qui reste donc sous le contrôle du juge judiciaire. D'autre part, le retour de l'Administration du travail dans le contrôle des projets de grand licenciement collectif s'explique non seulement par la défiance des organisations patronales à l'encontre du juge judiciaire⁴, mais aussi par le changement de contexte. En effet, la crise économique, la financiarisation de l'économie⁵, la « marchandisation » des entreprises⁶, etc., ont participé à une remise en question de « l'illusion selon laquelle le cantonnement de l'Etat à la stricte vocation d'Etat-gendarme serait un gage de rationalité économique »⁷, remise en question accélérée par le changement de majorité politique en 2012.

¹ ANI du 11 janv. 2013, préc.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ En ce sens également, F. GUIOMARD et E. SEVERIN, art. préc.

⁴ A. LYON-CAEN, « Chasse aux juges », RDT 2013, p. 1 ; M. GREVY et P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur... », RDT 2013, p. 173. ; A. LYON-CAEN et T. SACHS, « ADN d'une réforme », RDT 2013, p. 162 ; J. ICARD, « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi _ « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 280 ;

⁵ C. HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », RDT 2008, p. 288.

⁶ C. HANNOUN, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », RDT 2010, p. 22.

⁷ P.-Y. VERKINDT, « Le rôle de l'administration dans les PSE », JCP S 2013, 1209.

En effet, le document d'orientation remis aux partenaires sociaux le 7 septembre 2012 les invitait à notamment à clarifier et sécuriser les procédures de grand licenciement collectif donnant lieu à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Il évoquait à ce titre la possibilité de conférer un rôle plus important à l'Administration du travail en matière de grands licenciements collectifs¹ ; la nouvelle majorité en place souhaitant que l'Etat joue de nouveau un rôle central dans les grands licenciements collectifs afin de garantir la prise en compte permanente des exigences de l'intérêt général et surtout de s'assurer de l'effectivité du droit des grands licenciements collectifs.

Désormais donc, l'Administration du travail est appelée à contrôler et à « certifier » les procédures de grand licenciement collectif et les plans de sauvegarde de l'emploi auxquels elles donnent lieu (A), ses décisions étant susceptibles de recours devant le juge administratif (B).

A - Le contrôle administratif de la décision de prononcer un grand licenciement collectif

Désormais dotée d'un réel pouvoir de contrôle et de décision et non plus seulement d'un pouvoir d'influence, puisque le prononcé licenciements est subordonné à l'homologation ou à la validation du projet de licenciement collectif², l'Administration du travail doit être impliquée le plus amont possible de l'élaboration du projet de licenciement. L'instruction du 19 juillet 2013³, à l'instar de celle du 26 juin 2013⁴, insiste sur l'importance que l'Administration du travail suive le projet de grand licenciement collectif et notamment l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi dès ses premiers balbutiements. L'autorité administrative est ainsi appelée à intervenir au cours de la procédure d'élaboration du projet et du plan de sauvegarde de l'emploi, que l'employeur ait décidé de passer par la voie unilatérale ou par celle de l'accord de majoritaire. Elle doit s'assurer de la qualité du dialogue social, apaiser les éventuelles tensions et rétablir le dialogue, si d'aventure il était rompu, et dispose pour ce faire de prérogatives au cours de la procédure d'élaboration du projet (1),

¹ Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, « Document d'orientation négociation nationale interprofessionnelle pour une meilleure sécurisation de l'emploi », 7 sept. 2012.

² Art. L. 1233-39, C. trav.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁴ Instruction n° 2013-10, du 26 juin 2013, préc. ; sur le rôle de l'Administration du travail tout au long de la procédure de grand licenciement collectif.

prérogatives qui lui permettent de préparer le contrôle du projet à l'issue de la procédure et sa décision d'homologuer/valider ou non le projet (2).

1 - Le contrôle administratif au cours de la procédure d'élaboration du projet de licenciement collectif

L'Administration est appelée à jouer rôle capital tout au long du processus d'élaboration du projet de grand licenciement collectif et du plan de sauvegarde de l'emploi. Garante de la qualité non seulement du dialogue social mais aussi des mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi¹, l'autorité administrative est un partenaire privilégié de l'entreprise au cours de la procédure d'information/consultation sur le projet de licenciement. Pour pouvoir s'impliquer au plus tôt dans le projet et accompagner les syndicats et/ou les représentants du personnel ainsi que l'employeur dans l'élaboration d'un projet de licenciement collectif respectant effectivement le droit des licenciements collectifs, l'Administration du travail doit être informée du projet (a). Cette information régulière aux différentes étapes de la procédure va lui permettre, si elle l'estime nécessaire, de formuler des observations sur le déroulement de la procédure ou de faire des propositions tendant à améliorer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (b). De surcroît, en cas de litige entre employeur et organisations syndicales et/ou représentants du personnel qui estimerait que l'employeur manque à certaines de ses obligations en termes d'information, de respect du principe de loyauté de la négociation collective ou encore des règles d'information/consultation des représentants du personnel, l'Administration dispose d'un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'employeur afin de permettre au plus vite le rétablissement du dialogue et de replacer les parties dans une logique de compromis et non d'affrontement (c)

¹ E. WARGON et J.-D. COMBREXELLE, « La loi de sécurisation de l'emploi : point sur l'encadrement des licenciements collectifs », JCP S 2013, act. 432

a - L'obligation d'informer l'Administration de tout projet de licenciement donnant lieu à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi

465. Détermination de l'autorité administrative compétente. Les articles L. 1233-46 et suivants du Code du travail enjoignent à l'employeur de notifier tout projet de grand licenciement collectif à l'Administration et de lui transmettre un certain nombre de renseignements et de l'informer, le cas échéant, de son intention d'ouvrir une négociation en vue de conclure un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi. Il appartient ainsi à l'employeur de notifier le projet de licenciement à l'Administration au plus tôt le lendemain de la première réunion des représentants du personnel prévue à l'article L. 1233-30 du Code du travail¹. L'autorité administrative compétente est le DIRECCTE qui peut déléguer ses attributions à ses adjoints, chefs de pôle et responsables d'Unités Territoriales². Lorsque le projet de licenciement économique collectif ne concerne qu'une seule région, la DIRECCTE compétente est celle dans le ressort de laquelle se situe(nt) le ou les établissement(s) concerné(s) par le projet de licenciement collectif³. Afin d'éviter l'éparpillement du contrôle du projet de licenciement collectif et le risque éventuel de décisions contradictoires lorsque le projet de licenciement collectif concerne plusieurs établissements du ressort territorial d'au moins deux DIRECCTE, il est prévu qu'une seule DIRECCTE devra instruire l'ensemble du projet. En cas de projet excédant la compétence d'une seule DIRECCTE, l'employeur doit s'adresser à la DIRECCTE du siège social de l'entreprise et l'informer de son intention d'ouvrir une négociation sur le projet de licenciement ou lui notifier son projet de licenciement économique collectif⁴.

La DIRECCTE ainsi informée doit saisir sans délai le Ministre en charge de l'emploi afin qu'il désigne parmi les diverses DIRECCTE dans le ressort duquel un établissement est concerné par le projet celle qui sera en charge de son contrôle⁵. Une fois saisi, le Ministre, ou, sur délégation, le DGEFP, peut confirmer la compétence de la DIRECCTE du siège de

¹ Il convient d'indiquer que le décret du 27 juin 2013 prévoit que la notification du projet et des renseignements susvisés doit être adressée à la DIRECCTE par la voie dématérialisée (Art. D. 1233-4, C. trav.), un arrêté ministériel devant fixer la date à partir de laquelle la transmission des projets de licenciement collectif devra obligatoirement se faire par voie dématérialisée. En tout état de cause la transmission par voie dématérialisée s'imposera à compter du 1^{er} juillet 2014, jusqu'à cette date, les envois devront avoir effectués par tout moyen permettant de leur conférer une date certaine (D. n° 2013-554 du 27 juin 2013, préc., art. 5).

² Art. R. 1233-3-4, C. trav.

³ Art. L. 1233-57-8, C. trav.

⁴ Art. R. 1233-3-5, C. trav. ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁵ Art. L. 1233-57-8, C. trav.

l'entreprise dans trois hypothèses : lorsque projet de licenciement concerne de façon comparable les différents établissements et notamment le siège de l'entreprise, lorsqu'il est « *de type diffus* » c'est-à-dire qu'il porte sur de nombreux sites avec peu de salariés concernés sur chacun d'entre eux, ou parce que la complexité du projet rend indispensable la maîtrise du dossier dans sa globalité¹.

Cependant en lieu et place de la DIRECCTE du siège social de l'entreprise, la DGEFP peut décider d'accorder le contrôle du projet de licenciement collectif à une autre DIRECCTE dans le ressort de laquelle se trouve un établissement particulièrement concerné par le projet de licenciement économique collectif par rapport aux autres établissements de l'entreprise².

Dans le délai de dix jours à compter de la notification de l'information relative à l'intention de l'employeur d'ouvrir une négociation ou de celle du projet de licenciement économique collectif à la DIRECCTE du siège, le Ministre ou le DGEFP désigne la DIRECCTE territorialement compétente³. À défaut de décision expresse rendue dans ce délai, la compétence de la DIRECCTE du siège social de l'entreprise pour instruire le projet de licenciement collectif est confirmée⁴.

En tout état de cause, que la décision de désignation soit expresse ou tacite, la DGEFP adresse, par tout moyen, une information à la DIRECCTE compétente ainsi qu'aux autres DIRECCTE concernées par le projet de licenciement économique collectif. Dans l'attente de cette désignation et la procédure d'information/consultation et/ou la négociation d'un accord portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi étant déjà ouverte, si une intervention administrative en cours de procédure est nécessaire elle relèvera de la compétence de la DIRECCTE du siège. Si finalement la DGEFP désigne une autre DIRECCTE pour instruire le projet, la DIRECCTE du siège devra alors lui adresser ces éléments préparatoires (observations, propositions ou injonctions éventuelles) pour que la DIRECCTE désignée puisse instruire le projet de licenciement économique collectif en connaissant les éventuels « incidents » qui ont pu se produire avant sa désignation par le Ministre.

Une fois la décision tacite ou expresse du Ministre ou de la DGEFP rendue, la DIRECCTE compétente en informe l'employeur tenu de relayer cette information auprès des représentants du personnel et des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise⁵.

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2

³ Art. R. 1233-5-3-5, C. trav.

⁴ Art. R. 1233-5-3-5, C. trav. ; Il convient d'indiquer que la décision ministérielle tacite ou expresse relative à la désignation de la DIRECCTE compétente n'est pas susceptible de recours. Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁵ Art. R. 1233-5-3-5, *in fine*, C. trav.

À ce titre, l'instruction du 19 juillet 2013 recommande aux DIRECCTE, lorsqu'elles informent l'employeur de leur compétence pour contrôler le projet de licenciement, de demander à celui-ci de leur adresser une copie de l'information qu'il a délivrée à ces différents partenaires¹.

466. Informations à transmettre obligatoirement à l'Administration. L'employeur est tenu de notifier à l'Administration tout projet de grand licenciement collectif au plus tôt le lendemain de la date prévue pour la première réunion du comité d'entreprise au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail. Cette notification doit être accompagnée de tout renseignement relatif à la convocation, l'ordre du jour et la tenue de cette réunion². Il appartient également à l'employeur de transmettre à l'autorité administrative l'ensemble des renseignements communiqués aux représentants du personnel lors de leur convocation aux différentes réunions. L'Administration doit bénéficier de toutes les informations relatives au projet de restructuration et de compression des effectifs transmises au comité en application de l'article L. 2323-4 du Code du travail pour lui permettre de se prononcer en toute connaissance de cause sur l'opération de restructuration au titre de sa consultation obligatoire en application de l'article L. 2323-15 du Code du travail. L'autorité administrative doit donc disposer d'explications relatives aux tenants et aboutissants de la restructuration, des raisons pour lesquelles la direction de l'entreprise envisage cette réorganisation et notamment comment elle s'inscrit dans les orientations stratégiques de l'entreprise sur lesquelles une consultation annuelle du comité est obligatoire³, ou encore être informée des motifs qui fondent les modalités de mise en œuvre de la restructuration retenues par l'employeur.

Outre les renseignements relatifs à la restructuration en elle-même, l'employeur doit transmettre à l'autorité administrative les informations relatives au projet de licenciement collectif communiquées aux représentants du personnel en application de l'article L. 1233-31 du Code du travail. Doivent donc être portés à la connaissance de la DIRECCTE les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement, les catégories professionnelles concernées, les critères retenus pour l'ordre des licenciements, le nombre de ruptures projetées et leur calendrier prévisionnel, ainsi que les mesures de nature économique et le nombre de salariés, permanent ou non employés dans le ou les établissements. De surcroît, l'employeur doit transmettre à l'Administration, tout comme aux représentants du

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

² Art. L. 1233-46, C. trav.

³ Art. L. 2323-7-1, C. trav.

personnel, le projet de plan de sauvegarde destiné à éviter les licenciements, en limiter le nombre et favoriser le reclassement des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu¹.

Ces informations, transmises à l'autorité administrative dès l'ouverture de la procédure d'information/consultation, doivent lui permettre d'avoir une approche globale du projet de licenciement au commencement du processus de concertation sur ce dernier et ainsi de pouvoir s'impliquer le plus en amont possible dans l'élaboration du projet.

De surcroît, la loi de sécurisation de l'emploi oblige l'employeur à informer l'Administration de son intention d'ouvrir une négociation relative au projet de grand licenciement collectif afin de conclure un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, cette information devant avoir lieu au plus tard le lendemain de la première réunion du comité au titre de l'article L. 1233-31 du Code du travail².

Par ailleurs, afin que l'Administration puisse suivre la procédure au fur et à mesure de son déroulé, l'employeur est tenu de lui transmettre les procès verbaux des réunions des représentants du personnel indiquant les avis, suggestions et propositions de ces derniers qui peuvent éclairer l'Administration dans l'instruction du projet de licenciement³. S'il était déjà prévu avant la loi du 14 juin 2013 que l'employeur devait informer l'Administration de la décision du comité d'entreprise de recourir à un expert-comptable, désormais non seulement cette information est toujours obligatoire, mais l'employeur est en sus tenu de transmettre le rapport de l'expert-comptable à la DIRECCTE ce qui constituera une pièce précieuse pour lui permettre d'accomplir sa mission⁴. Ce rapport peut en effet contenir des analyses et des informations permettant à l'autorité administrative de faire des observations sur le projet de licenciement collectif, et/ou sur les mesures sociales d'accompagnement qui l'accompagnent. Le rapport peut notamment éclairer la DIRECCTE sur les moyens que l'entreprise pourrait mobiliser pour enrichir le plan ou mettre en exergue l'existence d'alternatives au projet de restructuration initial en proposant des modalités de réorganisation impliquant moins de suppressions d'emplois.

La fourniture à l'autorité administrative d'informations tout au long du déroulé de la procédure, qu'il s'agisse de documents économiques ou financiers relatifs à la situation de l'entreprise, de renseignements sur les raisons fondant le projet de restructuration et de grand

¹ art. L. 1233-32, C. trav et L. 1233-61, C. trav.

² Art. L. 1233-46, C. trav.

³ Art. L. 1233-48, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-36, C. trav. et L. 1233-37, C. trav., en cas de désignation par le comité central d'entreprise.

licenciement collectif, des avis et propositions émis par les représentants du personnel au cours de leurs réunions et du compte rendu de ces dernières ou encore du rapport de l'expert-comptable, est de nature à contribuer à l'effectivité de l'implication de l'autorité administrative et de la mission qui lui est confiée tout au long de la procédure en lui permettant notamment de pouvoir faire en toute connaissance de cause des observations ou des propositions relatives au déroulement du processus consultatif ou au contenu des mesures sociales d'accompagnement envisagées par l'employeur.

b - Le pouvoir administratif de proposition et d'observation au cours de la procédure

467. L'article L. 1233-57-6 du Code du travail, créé par la loi de sécurisation de l'emploi¹, dispose que « *L'administration peut, à tout moment en cours de procédure, faire toute observation ou proposition à l'employeur concernant le déroulement de la procédure ou les mesures sociales prévues à l'article L. 1233-32. Elle envoie simultanément copie de ses observations au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et, lorsque la négociation de l'accord visé à l'article L. 1233-24-1 est engagée, aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. L'employeur répond à ces observations et adresse copie de sa réponse aux représentants du personnel et, le cas échéant, aux organisations syndicales.* ». L'article L. 1233-57 du Code du travail disposait déjà avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi que « *L'autorité administrative peut présenter toute proposition pour compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi, en tenant compte de la situation économique de l'entreprise. Ces propositions sont formulées avant la dernière réunion du comité d'entreprise. Elles sont communiquées à l'employeur et au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel* »², la loi de sécurisation de l'emploi a donc modifié ce texte en ajoutant l'obligation pour « *L'employeur [d'adresser] une réponse motivée à l'autorité administrative.* ».

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² L'article L. 1233-57 du Code du travail précise qu'« *En l'absence de représentants du personnel, ces propositions ainsi que la réponse motivée de l'employeur à celles-ci, qu'il adresse à l'autorité administrative, sont portées à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur les lieux de travail.* ».

468. Renforcement du pouvoir de propositions et d'observations relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Depuis 1989¹, l'autorité administrative est habilitée à présenter toute proposition de nature à compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi établi par l'employeur en tenant compte, cela va de soi, de la situation de l'entreprise. Le Conseiller Roland KESSOUS écrivait sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi que « la loi ne fait qu'organiser l'intervention de l'administration dans le but d'aider l'employeur à respecter les obligations assez complexes qui lui incombent »². En effet, s'agissant de l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales, l'Administration du travail se révélait déjà être un véritable partenaire de l'employeur. L'Administration du travail n'a en effet pas attendu la loi de sécurisation de l'emploi pour se préoccuper de la qualité des mesures sociales d'accompagnement des grands licenciements collectifs pour motif économique³. Elle pouvait dès avant 2013 influencer sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi grâce à ce pouvoir de proposition allié aux moyens de négociation dont elle dispose s'agissant notamment de la conclusion des conventions FNE. De longue date en effet, avec les conventions FNE, l'administration du travail possède un véritable « levier » de nature à permettre un enrichissement du plan de sauvegarde de l'emploi afin que celui-ci soit réellement efficace en termes de reclassement⁴. Dans la mesure où la négociation des conventions FNE repose sur des décisions discrétionnaires de l'Administration⁵, et non sur des règles générales, cette dernière demeure libre d'accorder ou non l'aide demandée, quand bien même le destinataire satisferait pleinement aux conditions préalables d'octroi. L'Administration décide en toute

¹ Loi n° 89-549, du 2 août 1989, préc.

² R. KESSOUS : « Carence du plan social », conclusions sous Cass. soc., 16 avr. 1996, *Sté Siétam industries*, RJS 5/96, p. 313.

³ En ce sens, D. BALMARY, art. préc.

⁴ En effet, les employeurs qui établissent un plan, prévoient régulièrement la souscription de conventions FNE, qu'il s'agisse de conventions de formation ou d'allocation temporaire dégressive. La prévision de telles conventions par le plan de sauvegarde de l'emploi est par nature aléatoire, puisqu'il est nécessaire d'obtenir l'accord de l'Etat. Or, dans le cadre de la négociation des conventions FNE, l'interlocuteur de l'employeur est l'administration du travail qui dispose donc à ce titre d'un pouvoir de négociation non négligeable. C'est pourquoi, soucieuse de garantir aux salariés menacés de licenciement des mesures sociales d'accompagnement efficaces, impliquant une participation effective de l'entreprise, l'administration du travail a développé la pratique des contreparties. L'administration utilise ainsi les conventions FNE pour obtenir de l'employeur une amélioration des mesures de reclassement du plan, ainsi qu'une diversification de ces dernières. Il s'agit d'inciter l'employeur à élaborer un plan réellement efficace en termes de reclassement. N. KERSCHEN et A.-V. NENOT « La fin des préretraites ou l'éternel recommencement ? », Dr. soc. 1993, p. 470 ; N. KERSCHEN, A.-V. NENOT : « Délégation à l'emploi et négociation des conventions du Fonds national de l'emploi : la pratique des contreparties », Dr. soc. 1989, p. 17.

⁵ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les conventions FNE sont considérées par la CJUE comme des aides de l'Etat au sens de l'article 92 § 1 du Traité CE, et non comme des mesures générales. C'est parce qu'elles sont soumises à la volonté discrétionnaire de l'Administration qu'elles sont qualifiées d'aides de l'Etat tombant sous le coup du contrôle communautaire. Pour autant, la CJUE les estime « compatibles avec le marché commun », décision CJCE, 26 sept. 1996, aff. C-241/94, France c/ Commission ; RJS 1/97, n° 108 ; J.-Y. CHEROT et M.-A. MOREAU : « Les conventions FNE sous contrôle communautaire », note sous CJCE 26 sept. 1996, aff. C-241/94, RJS 1/97, p. 3.

opportunité, ce qui lui permet d'exiger, pour la conclusion de ces conventions, un véritable enrichissement du plan, caractérisé par des « engagements supplémentaires et positifs en faveur de l'emploi »¹. Ainsi, l'autorité administrative peut subordonner l'octroi d'aides FNE à l'amélioration du plan, en exigeant une variété de mesures en faveur des salariés au-delà des préretraites, ainsi qu'un rééquilibrage entre mesures internes et externes, ou entre mesures passives et certaines actions impliquant une participation active de l'entreprise. De même, elle peut suggérer à l'employeur de mettre en place un cabinet d'*outplacement*, ou une aide à la création d'entreprise, pour favoriser la réinsertion professionnelle des salariés. La pratique des contreparties aux conventions FNE offre à l'Administration un moyen de pression sur les chefs d'entreprise, de nature à consolider son pouvoir de proposition.

Ce pouvoir de proposition tendant à compléter, modifier ou améliorer le contenu des mesures sociales d'accompagnement du projet de grand licenciement collectif a été considérablement renforcé par la loi de sécurisation de l'emploi². D'une part, celle-ci impose désormais à l'employeur d'adresser à l'autorité administrative une réponse motivée aux propositions relatives au contenu du plan effectuées par l'employeur³. D'autre part et surtout, si l'autorité administrative peut présenter des propositions pour compléter le plan de sauvegarde de l'emploi jusqu'à la dernière réunion du comité d'entreprise⁴, et que la seule obligation légale pesant sur l'employeur est d'y apporter une réponse motivée, rien ne le contraignant légalement à les mettre en œuvre, en réalité le poids des propositions de l'Administration et la suite donnée par l'employeur à ses suggestions est désormais renforcé par l'épée de Damoclès que constitue l'éventuel refus d'homologation ou de validation du projet de licenciement⁵. En effet, dans la mesure où ces propositions et leur prise en compte ou non par l'employeur constituent des éléments préparatoires à la décision « finale » d'homologation ou de validation du projet de licenciement sans laquelle l'employeur ne peut, à peine de nullité⁶, prononcer les licenciements, il a tout intérêt à sérieusement étudier ces

¹ N. KERSCHEN et A.-V. NENOT, 1989, art. préc.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ Art. L. 1233-57, C. trav. Il convient de signaler que la loi de cohésion sociale (loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005, préc.) avait abrogé l'article 116 de la loi de modernisation sociale (loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002 préc.) qui permettait à l'autorité administrative de formuler des propositions destinées à compléter ou modifier le plan jusqu'à la dernière réunion du comité d'entreprise, étant précisé que tant que l'employeur ne lui avait pas fait parvenir une « *réponse motivée* », il ne pouvait adresser aux salariés les lettres de licenciement. La loi de sécurisation de l'emploi impose donc de nouveau à l'employeur d'apporter une réponse motivée aux suggestions de l'administration.

⁴ Article L. 1233-57 du Code du travail.

⁵ En ce sens, F. GÉA, « Les grands licenciements collectifs dans l'ordre administratif », RDT 2013, p. 261 ; Y. STRUILLLOU, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc.

⁶ Art. L. 1233-39 et L. 1235-10, C. trav.

suggestions et à intégrer celles qu'il a les moyens de mettre en œuvre au risque sinon de se voir opposer un refus de validation ou d'homologation du projet de licenciement collectif.

Garante de la qualité des mesures sociales accompagnant le projet de licenciement, l'Administration doit s'impliquer au plus tôt et formuler le plus en amont possible de la dernière réunion du comité d'entreprise des observations et propositions tendant à compléter, modifier ou améliorer le plan. Le dialogue entre employeur, représentants du personnel à qui doivent être transmises les suggestions administratives relatives au contenu du plan¹, et l'Administration doit s'engager au plus tôt afin de permettre l'optimisation des discussions relatives au contenu du plan et au projet de licenciement collectif.

Si l'autorité administrative était dès avant la loi de sécurisation de l'emploi un interlocuteur privilégié de l'employeur et des représentants du personnel lors de l'élaboration du plan, l'influence réelle des propositions de l'Administration relatives au contenu du plan est considérablement renforcée par le pouvoir de décision qui lui est désormais accordé puisque sans validation ou homologation administrative du projet, le prononcé des licenciements est paralysé. Les employeurs ont ainsi tout intérêt à véritablement prendre en considération les suggestions formulées par l'Administration pour compléter et modifier le plan, à essayer d'en intégrer un maximum dans le plan final et, dans la réponse motivée qu'ils doivent adresser à l'Administration à propos de ses suggestions, à justifier les raisons pour lesquelles ils ne peuvent mettre en œuvre telle ou telle mesure d'accompagnement suggérée par la DIRECCTE.

469. Renforcement des observations administratives relatives au déroulement de la procédure. Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi, l'Administration était déjà appelée à vérifier en cours de procédure le bon déroulement de l'information/consultation des représentants du personnel sur les projets de grand licenciement collectif. Elle disposait pour ce faire d'un délai relativement bref, de vingt et un à trente-cinq jours selon l'ampleur du projet de licenciement collectif². Si elle relevait une irrégularité de procédure, elle devait adresser à l'employeur projetant un grand licenciement collectif dans une entreprise d'au moins cinquante salariés un avis indiquant la ou les irrégularité(s) constatée(s), sachant que cet avis portait seulement sur les irrégularités de procédure à l'exclusion du contenu des mesures de reclassement prévues par l'employeur,

¹ Art. L. 1233-57, C. trav.

² Ancien article L. 1233-54 du Code du travail abrogé par la loi de sécurisation de l'emploi ; Loi n° 2013-504, préc.

lequel était l'objet à l'époque d'un éventuel constat de carence¹. Une copie de l'avis, dont le seul effet était l'obligation de répondre aux observations de la DIRECCTE, était envoyée aux représentants du personnel. Dorénavant et en dépit de ce qu'on a pu écrire et de ce qu'affirme l'instruction du 19 juillet 2013², l'Administration ne peut plus émettre d'avis d'irrégularité relatif à une procédure de grand licenciement collectif dans une entreprise d'au moins cinquante salariés. Cette faculté est désormais réservée aux procédures de licenciement collectif ne donnant pas lieu à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'article L. 1233-56 du Code du travail, siège de l'avis d'irrégularité, figurant depuis la loi de sécurisation de l'emploi dans un paragraphe du Code du travail intitulé « *Intervention de l'autorité administrative concernant les entreprises non soumises à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi* ».

En lieu et place de la possibilité de dresser un avis d'irrégularité, la loi de sécurisation de l'emploi prévoit que l'autorité administrative « *peut, à tout moment en cours de procédure, faire toute observation ou proposition à l'employeur concernant le déroulement de la procédure* », une copie de ses observations devant être adressée aux représentants du personnel et, lorsqu'est engagée la négociation d'un accord majoritaire portant *a minima* sur le contenu du plan, aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise³.

Dans la mesure où l'Administration du travail est appelée à suivre et à s'impliquer dans le processus de concertation relatif au projet de licenciement collectif dès le commencement de la procédure, celle-ci peut être amenée à relever des irrégularités dans le déroulement de la procédure. Surtout, étant un interlocuteur privilégié tant de l'employeur que des représentants du personnel, elle peut déceler au cours de la procédure l'existence de tensions entre les parties, de comportements nuisibles à la qualité du dialogue social, d'attitudes plus ou moins loyales, de positions patronales tendant à placer le processus consultatif ou la négociation dans une logique d'affrontement plutôt que dans une recherche de compromis et d'apaisement, etc. Ainsi, l'Administration peut adresser des observations à l'employeur parce que celui-ci ne s'est pas conformé à une règle de procédure, sorte de succédané de l'avis d'irrégularité applicable dans les autres hypothèses de licenciement collectif⁴, ou des observations tendant à permettre une amélioration du dialogue social. A cet effet, elle peut conseiller l'employeur sur la manière dont doivent se dérouler les négociations

¹ Ancien article L. 1233-52 du Code du travail abrogé par la loi de sécurisation de l'emploi ; Loi n° 2013-504, préc.

² F. AKNIN, art. préc., Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

³ Art. L. 1233-57-6, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-56, C. trav.

ou les consultations pour qu'elles aient lieu dans un climat plus serein, plus apaisé, favorisant un réel dialogue constructif autour du projet de restructuration et de licenciement collectif.

Participe de son rôle de conseil et de pédagogue auprès de l'employeur la faculté offerte à l'Administration de faire des observations et des propositions afin que la procédure de consultation non seulement soit conforme aux dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, mais surtout qu'elle soit mise en œuvre de telle manière qu'elle puisse réellement avoir un effet utile et assurer un dialogue social de qualité de nature à éventuellement faire émerger de réelles solutions alternatives tendant à préserver au mieux l'emploi, les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés.

Si la DIRECCTE adresse à l'employeur, en cours de procédure, une lettre lui faisant des observations ou des propositions relatives au déroulement de la procédure, la seule conséquence juridique qui en découle est l'obligation pour l'employeur d'y répondre et d'adresser une copie de sa réponse aux représentants du personnel et, le cas échéant, aux organisations syndicales¹. Toutefois, nous ne saurions trop conseiller aux employeurs de prendre sérieusement en compte ces observations au plus tôt pour ne pas nuire à la qualité du dialogue social. Surtout, ces propositions ou observations administratives relatives à la procédure doivent être prises en considération par l'employeur parce qu'elles constituent des éléments préparatoires à la décision finale d'homologation/validation du projet de licenciement par l'Administration, sans laquelle l'employeur ne peut procéder aux licenciements². Ainsi, l'autorité administrative ne manquera pas de tenir compte de l'attitude de l'employeur face à ses observations et propositions relatives à la procédure lorsqu'elle sera amenée à valider ou à homologuer le projet de licenciement collectif, étant précisé que des irrégularités de procédure qui auraient empêché les représentants du personnel de pouvoir se prononcer utilement sont de nature à justifier un refus d'homologation ou de validation s'ils ont exercé une influence négative sur la consultation du projet³. Si l'employeur fait la sourde oreille aux remarques de l'Administration, celle-ci pourrait en prendre ombrage et refuser de valider ou d'homologuer le projet.

Le fait que désormais l'Administration dispose d'un pouvoir décisionnaire à l'issue de la procédure, pouvoir de nature à paralyser le projet de licenciement, renforce considérablement le poids des différentes observations que celle-ci peut faire en cours de

¹ Art. L. 1233-57-6, C. trav.

² Art. L. 1233-39, C. trav.

³ TA Montreuil, 20 décembre 2013, n° 1309825, préc. ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

procédure, qu'il s'agisse de propositions relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ou d'observations portant sur le déroulement de la procédure. L'employeur se doit de les prendre en considération et, le cas échéant, d'expliquer à l'Administration pour quelles raisons il ne peut suivre tel ou tel conseil relatif à la procédure ou prévoir dans le plan telle ou telle mesure tendant à favoriser le reclassement interne ou externe des salariés. L'attitude de l'employeur face aux lettres d'observations et de propositions relatives au plan ou à la procédure au cours de celle-ci influera inévitablement sur la manière dont sera instruit le projet de licenciement par la DIRECCTE et sur sa décision d'homologuer/valider ou non le projet de licenciement.

Si l'Administration peut au cours de la procédure être amenée à relever « spontanément » des irrégularités, celle-ci peut également être saisie d'une demande d'injonction à propos de tout litige relatif à la régularité de la procédure pendant son déroulé.

c - Le pouvoir d'injonction de l'Administration

470. De la compétence du juge civil des référés à celle de l'autorité administrative.

Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 14 juin 2013, le contrôle de la régularité de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel relative aux projets de grands licenciements collectifs pour motif économique était confié au juge judiciaire et notamment au tribunal de grande instance qui pouvait être saisi en référé d'une demande de suspension de la procédure. Ce possible recours au juge des référés en cours de procédure était vivement critiqué non seulement parce que celui-ci était accusé, parfois à raison, d'être utilisé à des fins dilatoires par les représentants du personnel, mais également parce qu'en ordonnant la suspension de la procédure, le juge des référés contribuait à en allonger la durée et à retarder la mise en œuvre du projet de restructuration et de licenciement collectif, ce qui pouvait se révéler nuisible tant pour l'entreprise que les salariés.

Dans le but déjà affiché de sécuriser cette procédure et d'éviter que le contentieux relatif à la procédure ne ralentisse trop sa progression, la loi du 18 janvier 2005 a enfermé la possibilité de saisir le juge des référés d'une contestation relative à la régularité de la procédure de consultation des représentants du personnel dans un délai de quinze jours après

chaque réunion du comité d'entreprise¹. Toutefois, les critiques à l'égard du possible recours au juge des référés en cours de procédure n'ont pas cessé, pas plus que les « accusations » relatives à l'allongement de la durée réelle de la procédure induit par cette saisine.

La défiance, notamment des organisations patronales, à l'égard du juge judiciaire singulièrement en matière de contrôle des procédures de grand licenciement collectif et du plan de sauvegarde de l'emploi, a conduit les partenaires sociaux, dans l'ANI du 11 janvier 2013, à souhaiter que le contrôle final de la procédure et du plan soit confié à l'Administration du travail². Si rien n'était prévu dans l'ANI à propos du contrôle de la procédure au cours de son déroulement, la loi de sécurisation de l'emploi, à la fois dans un souci de « sécurisation de la procédure », mais également de cohérence juridique, a décidé de confier le contrôle de la procédure lors son déroulé à l'autorité administrative.

La loi de sécurisation de l'emploi a ainsi mis fin à la possibilité de saisir le juge civil des référés d'une demande de suspension de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel, en abrogeant l'alinéa premier de l'article L. 1235-7 du Code du travail et en instaurant à l'article L. 1233-57-5 dudit code la faculté de saisir l'autorité administrative d'une demande d'injonction en cas de litige relatif à la procédure en cours. L'objet d'une demande d'injonction peut porter soit sur la nécessaire communication aux représentants du personnel (ou aux organisations syndicales lorsqu'est engagée une négociation tendant à conclure un accord majoritaire sur le plan de sauvegarde de l'emploi) d'un complément d'information indispensable au bon déroulé et à l'efficacité de la consultation ou de la négociation, soit sur le respect d'une règle procédurale qui serait méconnue. De même et pour mémoire, l'Administration étant désormais seule compétente pour contrôler la procédure à l'exclusion de tout recours au juge des référés par les parties, si l'employeur entend contester les modalités de l'expertise sollicitée par le CHSCT ou l'instance de coordination, il devra s'adresser à la DIRECCTE qui aura cinq jours pour se prononcer³.

471. *Demande tendant à enjoindre l'employeur à fournir des informations et/ou à respecter les dispositions relatives à la procédure d'information/consultation.* L'effectivité et l'efficacité du dialogue social tendant à réduire le coût de la décision de restructuration implique loyauté, sincérité et transparence des informations pour que les représentants du

¹ Loi n° 2005-32, du 18 janv. préc. ; ancien alinéa 1^{er} de l'article L. 1235-7 du Code du travail, abrogé par la loi de sécurisation de l'emploi.

² ANI, du 11 janv. 2013, préc., art.

³ Art. L. 4614-13, C. trav. ; R. 4616-10, C. trav.

personnel puissent faire valoir les intérêts des salariés lors du processus décisionnel et que les syndicats puissent décider, en toute connaissance, de cause de conclure un accord les impliquant en quelque sorte dans le prononcé de licenciements pour motif économique.

Dorénavant, privés de la possibilité de saisir le juge civil des référés, les représentants du personnel et/ou les syndicats peuvent, en cours de procédure, *id est* avant que n'ait été transmise par l'employeur à la DIRECCTE la demande de validation ou d'homologation du projet, saisir l'Administration du travail de toute demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de leur fournir les informations indispensables à l'utilité et l'effectivité de la consultation ou de la négociation et « *notamment celles qui permettent à l'expert-comptable de mener dans de bonnes conditions sa mission d'analyse et de proposition.* »¹.

Les représentants du personnel peuvent également saisir l'autorité administrative d'une demande tendant à ce que l'employeur se conforme aux dispositions légales, réglementaires et/ou conventionnelles régissant la procédure d'information/consultation. Ainsi, les représentants du personnel peuvent saisir la DIRECCTE si l'employeur refuse de prendre en charge l'intégralité des honoraires de l'expert-comptable², si un litige sur l'étendue de la mission de l'expert désigné par le CHSCT survient³, si l'employeur ne respecte pas les stipulations d'un éventuel accord de méthode, s'il inscrit seul à l'ordre du jour les consultations obligatoires sans avoir au préalable tenté de trouver un accord avec le secrétaire du comité avec lequel il doit conjointement établir ledit ordre⁴, s'il ne laisse pas aux représentants du personnel un délai raisonnable pour examiner les informations qui leur ont été délivrées afin de pouvoir utilement se prononcer sur le projet de restructuration et de licenciement, ou encore par exemple s'il n'étudie pas sérieusement les suggestions du comité tendant à améliorer le contenu du plan ou ses propositions alternatives au projet de restructuration et qu'il n'y apporte pas de réponse motivée, etc.

Avant de saisir l'Administration d'une demande de complément d'information, les représentants du personnel ou les syndicats doivent au préalable avoir sollicité auprès de l'employeur la communication des éléments manquants, sans succès. En effet, si l'article D. 1233-12 du Code du travail indique seulement que la demande doit être motivée et indiquer les éléments demandés et leur pertinence, l'instruction du 19 juillet 2013 précise pour sa part que « *la demande d'injonction doit être motivée et explicite[er] précisément la*

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

² TA Montreuil, 20 décembre 2013, n° 1309825, préc.

³ Art. L. 4614-13, C. trav. ; R. 4616-10, C. trav.

⁴ Cass. soc., 12 juil. 2010, Bull. civ. V, n° 169, préc.

nature des informations demandée[s], les raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas répondu à la demande d'information initiale ainsi que celles pour lesquelles cette information est indispensable pour permettre d'éclairer les auteurs de la demande »¹. Dans la mesure où pour « sécuriser » les procédures de grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins, le vecteur essentiel choisi par les partenaires sociaux et le législateur est d'offrir aux employeurs la maîtrise du temps et d'empêcher tout allongement de la procédure enserrée dans des délais prefix, la DIRECCTE ne dispose de cinq jours pour instruire la demande², étant précisé qu'en aucun cas une demande d'injonction ne peut avoir pour effet de reporter le terme du délai fixé à l'article L. 1233-30 du Code du travail dans lequel les représentants du personnel doivent rendre leurs avis³. Pour instruire la demande d'injonction de respecter la procédure et/ou de transmettre des éléments d'informations nécessaires à son utilité, l'autorité administrative peut être amenée à entendre chacune des parties notamment pour s'assurer que l'information avait déjà été demandée, essayer d'identifier les points de blocage et vérifier que l'information sollicitée est bien disponible⁴. L'Administration apprécie également le moment où lui parvient la demande d'injonction au regard de l'état d'avancement de la procédure d'information/consultation ; ainsi, une demande relative à l'établissement d'un ordre du jour d'une réunion du comité qui, au moment où elle est instruite a déjà eu lieu, ne présente plus guère « d'intérêt ». À l'inverse, lorsqu'est demandé un complément d'information, plus celle-ci est sollicitée en amont plus elle est susceptible d'influencer le déroulement de la consultation ou de la négociation. Par ailleurs, l'instruction du 19 juillet 2013 encourage les DIRECCTE, « dans le cadre des contacts avec l'employeur et/ou les représentants des salariés, [à] demander à l'inspecteur du travail qui suit l'entreprise des éléments explicitant notamment les conditions dans lesquelles l'information /consultation se déroule, afin de l'éclairer quant aux suites à donner à la demande »⁵.

L'autorité administrative peut décider de ne pas faire droit à la demande et dans ce cas il n'est pas nécessaire qu'elle adresse aux requérants une réponse formelle écrite⁶. En revanche, si elle estime que les renseignements sollicités par les représentants du personnel et/ou les syndicats sont indispensables à la loyauté de la concertation autour du projet de

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

² Art. L. 1233-57-5 et D. 1233-12, C. trav.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁴ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁵ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁶ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

licenciement collectif et conditionnent l'effectivité, l'efficacité et l'utilité de la mission qui est conférée aux auteurs de la demande, elle doit alors adresser, par tout moyen permettant de lui donner une date certaine, une lettre d'injonction à l'employeur et répondre à l'auteur de la demande en lui adressant une copie de l'injonction.

L'Administration est tenue de préciser dans la lettre d'injonction le délai dans lequel l'employeur doit se conformer à la règle de procédure qu'il a violée et/ou celui dans lequel il lui appartient de fournir aux représentants du personnel, aux syndicats ou à l'expert-comptable les documents demandés. La lettre d'injonction doit également rappeler à l'employeur qu'il est tenu, avant la fin de la procédure, d'informer la DIRECCTE des suites données à l'injonction qui lui a été faite¹. Une fois de plus nous ne saurions trop conseiller à l'employeur de suivre à la lettre les injonctions administratives relatives au respect de la procédure d'information/consultation dans la mesure où, comme le rappelle l'instruction du 19 juillet 2013, « *Au moment de l'instruction de la demande de validation ou d'homologation, la DIRECCTE tiendra compte des suites données par l'employeur à sa demande d'injonction, en appréciant la nature et le degré du manquement de l'employeur.* »².

Ainsi, tout employeur désirant mettre en œuvre son projet de restructuration et de grand licenciement collectif relativement rapidement doit prendre sérieusement en compte ces injonctions au risque de s'exposer à un refus d'homologation/validation du projet, « paralysant » sa mise en œuvre ; étant précisé qu'il ne pourra pas contester les décisions d'injonction avant l'issue de la procédure. Les différentes prérogatives accordées à l'autorité administrative en cours de procédure ont notamment pour but de lui permettre, grâce au dialogue amorcé avec les parties, de préparer sa décision finale relative à la validation ou à l'homologation du projet sans laquelle l'employeur ne peut, à peine de nullité prononcer les licenciements.

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

2 - Le contrôle administratif à l'issue de la procédure,
l'indispensable homologation ou validation du projet de licenciement

Une fois la procédure d'information/consultation des représentants du personnel achevée, l'employeur est tenu de transmettre à l'Administration du travail l'accord collectif majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, ou à défaut d'accord, voire en présence d'un accord partiel, le document unilatéral portant sur les points non traités dans l'accord ou sur l'ensemble du projet en l'absence d'accord, afin que l'autorité administrative puisse valider ou homologuer le projet de licenciement. L'Administration du travail ne dispose que d'un délai relativement bref pour instruire la demande d'homologation ou de validation du projet (a). Les effets de sa décision, selon qu'elle valide/homologue ou non le projet, permettent ainsi, ou non, à l'employeur de le mettre en œuvre ou lui impose le reprendre en prenant en compte les raisons du refus de l'Administration de l'homologuer ou de le valider (b).

a - Le contrôle administratif du projet de grand licenciement
collectif à l'issue de la procédure

472. Transmission à l'Administration de la demande d'homologation/validation du projet de licenciement collectif. Lorsqu'un accord majoritaire portant sur l'ensemble du projet de licenciement a été conclu, ou lorsqu'à l'issue de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel l'employeur a établi un document unilatéral sur le projet, voire lorsqu'un accord majoritaire partiel portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi a été conclu et complété par un document unilatéral de l'employeur relatif aux points non traités dans l'accord, l'employeur doit, en application de l'article L. 1233-57-1 du Code du travail, transmettre à la DIRECCTE une demande de validation et/ou d'homologation du projet de licenciement collectif accompagnée de l'accord, du document unilatéral ou le cas échéant de l'accord partiel complété par le document unilatéral. Depuis le 1^{er} juillet 2014, l'employeur est tenu de transmettre à la DIRECCTE la demande d'homologation/validation du projet de licenciement et les renseignements afférents par voie dématérialisée¹.

¹ L'arrêté du 27 juin 2014 précise que cette démarche doit être effectuée via le système d'information Si-homologation, dont l'adresse internet est <http://www.portail-pse.emploi.gouv.fr> ; Arrêté du 27 juin 2014, fixant

473. Le contrôle administratif de l'accord majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi n'avait pas été envisagé par les partenaires sociaux dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2013, le caractère majoritaire suffisant selon eux à attester de la légitimité du projet de licenciement et la qualité du plan de sauvegarde de l'emploi. Certains suggérèrent que le contrôle de cet accord devait être soumis au contrôle du juge judiciaire dans la mesure où il s'agit d'un accord de droit privé conclu entre personnes privées¹. Le législateur a pour sa part décidé de soumettre l'accord majoritaire relatif au projet de licenciement collectif au contrôle *a priori* de l'Administration du travail. D'une part, ce choix a été fait afin d'éviter « l'éparpillement du contentieux » des grands licenciements collectifs dans les entreprises de cinquante salariés au moins entre juge judiciaire et juge administratif. D'autre part et surtout, confortant le souhait du Gouvernement, le législateur a décidé de soumettre la mise en œuvre d'accords majoritaires portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi au contrôle *a priori* de l'Administration du travail afin que les pouvoirs publics puissent s'assurer, avant le prononcé des ruptures, de la légitimité de l'ensemble des grands licenciements collectifs projetés dans les entreprises d'au moins cinquante salariés y compris lorsqu'ils sont l'objet d'un accord majoritaire.

L'article D. 1233-14-1 du Code du travail dresse la liste des informations que doit contenir le dossier de demande de validation ou d'homologation pour être complet. Doivent donc être transmis au DIRECCTE : le plan de sauvegarde de l'emploi, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise ce qui implique que soient indiqués le nombre et les dates des réunions du comité d'entreprise (le cas échéant du comité central et du ou des comités d'établissement) ainsi que l'information éventuelle de la désignation d'un expert-comptable et son rapport s'il a été établi au plus tard quinze jours avant la fin de la procédure d'information/consultation. L'employeur doit également fournir à l'autorité administrative les informations relatives à la pondération des critères d'ordre des licenciements et à leur périmètre d'application, au nombre de suppressions d'emploi et aux catégories professionnelles concernées ainsi qu'aux modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement. De surcroît, le dossier doit préciser le calendrier des licenciements, ce qui implique que soit indiquée la date de début et de fin de l'exécution du plan de sauvegarde de l'emploi, la date éventuelle de la mise en œuvre

la date d'entrée en vigueur des dispositions de l'article 5 du décret n° 2013-554 du 27 juin 2013 relatif à la procédure de licenciement collectif pour motif économique, JO du 3 juillet 2014, p. 10995

¹ F. AKNIN, art. préc.

anticipée des reclassements internes dont le principe a été arrêté après avis favorable du comité d'entreprise en ce sens¹ et celle prévue pour la notification des licenciements ou des autres ruptures de contrat de travail pour motif économique. Enfin, si un accord majoritaire total ou partiel sur le plan de sauvegarde de l'emploi a été conclu, l'employeur doit impérativement joindre à sa demande de validation/homologation un tableau récapitulatif du résultat des dernières élections professionnelles permettant la mesure de la représentativité des organisations syndicales aux fins de s'assurer que l'accord est bien « majoritaire »².

A réception de la demande d'homologation/validation, la DIRECCTE s'assure qu'il est complet. Si tel n'est pas le cas, elle doit demander par tout moyen permettant de donner une date certaine un complément de dossier à l'employeur et adresser une copie de sa demande aux représentants du personnel ainsi qu'aux organisations syndicales représentatives en cas de conclusion d'un accord collectif majoritaire. Ce n'est qu'à condition d'avoir reçu une demande d'homologation/validation du projet de licenciement accompagnée d'un dossier complet que courent les délais relativement brefs accordés à la DIRECCTE pour valider ou homologuer le projet. Si elle reçoit un dossier complet, elle en informe, par tout moyen permettant de donner une date certaine, l'employeur, les représentants du personnel, ainsi que les organisations syndicales représentatives en cas de conclusion d'un accord collectif majoritaire ; la lettre doit mentionner la date qui fait courir le délai d'instruction³.

474. Contrôle administratif a priori du projet de licenciement collectif. Le contrôle administratif du projet de licenciement collectif diffère selon qu'un accord majoritaire a ou non été conclu sur le plan de sauvegarde de l'emploi. Outre le fait que pour valider (ou refuser de valider) un accord majoritaire l'Administration ne dispose que d'un délai d'instruction de quinze jours (au cours duquel elle doit bien évidemment s'assurer du caractère majoritaire de l'accord)⁴, contre vingt-et-un jours pour instruire une demande d'homologation d'un document unilatéral⁵, le contrôle du projet de licenciement diffère en ce que le plan de sauvegarde de l'emploi est l'objet d'un contrôle plus restreint lorsqu'il a été adopté dans le cadre d'un accord majoritaire. Nous n'évoquerons ici que rapidement le contrôle administratif sur le plan de sauvegarde de l'emploi qui sera développé ultérieurement, afin de nous concentrer sur les autres aspects du contrôle du projet de licenciement à savoir le contrôle des

¹ Art. L. 1233-45-1, C. trav.

² Art. D. 1233-14-1, C. trav. ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

³ Art. D. 1233-14-1, C. trav. ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁴ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

modalités de mise en œuvre des licenciements et le respect de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel dont le contrôle est peu ou prou identique que l'on soit en présence d'un accord majoritaire, d'un document unilatéral ou des deux en cas d'accord partiel complété par un document unilatéral.

475. Aperçu du contrôle relatif au plan de sauvegarde de l'emploi. Si le plan de sauvegarde de l'emploi est l'objet d'un accord majoritaire, la DIRECCTE dispose d'un délai de quinze jours pour *valider* le plan, c'est-à-dire pour se prononcer sur sa conformité aux exigences légales¹, en se livrant alors à un contrôle restreint. Si elle doit vérifier que ce dernier comporte bien des mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et à favoriser le reclassement des salariés dont le licenciement est inéluctable², elle n'a pas en revanche à contrôler la proportionnalité des mesures de reclassement au regard des moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe. L'instruction du 19 juillet 2013 affirme que la conclusion d'un accord majoritaire sur le plan « *traduit un équilibre dont il convient de tenir compte et qui doit conduire la DIRECCTE à présumer que le contenu du PSE est conforme aux exigences légales (proportionnalité aux moyens et à la taille de l'entreprise et du groupe auquel l'entreprise appartient, diversité et adéquation des mesures d'accompagnement social, effort d'adaptation....) en vue d'assurer le reclassement des salariés, tant en interne qu'en externe.* ». Toutefois, malgré cette « présomption de légalité », l'instruction précise que « *Si la fixation du montant des indemnités de rupture relève du dialogue social interne à l'entreprise, il faut veiller à un certain équilibre entre les mesures indemnitaires et les mesures d'accompagnement sociales.* »³. Surtout, garante de la qualité du dialogue social et de celle du plan de sauvegarde de l'emploi, l'administration informée sans délais de l'ouverture de la négociation la DIRECCTE peut « suivre » l'évolution des négociations et du projet, faire des suggestions tendant à améliorer le plan afin de s'assurer qu'il contient des mesures tendant à favoriser le reclassement interne et externe des salariés.

À la différence du contrôle effectué en cas de plan de sauvegarde de l'emploi adopté dans le cadre d'un accord majoritaire, lorsque celui-ci est fixé unilatéralement par l'employeur après avoir consulté les représentants du personnel, l'Administration doit se livrer à un contrôle plus approfondi, nulle « présomption de légalité » n'existant à propos du contenu du plan unilatéral.

¹ Art. L. 1233-57-2, C. trav.

² Art. L. 1233-61, C. trav.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

Elle doit ainsi effectuer un double contrôle de proportionnalité des mesures contenues dans le plan. Il lui appartient de vérifier d'une part que les mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et à favoriser le reclassement des salariés dont le licenciement est inéluctable, sont proportionnées au regard de l'ampleur du projet de licenciement. C'est à cette occasion qu'elle s'assure que le plan élaboré par l'employeur contient des mesures précises et concrètes tendant à réellement favoriser le reclassement tant interne qu'externe des salariés. Elle doit ainsi vérifier qu'il comporte de réels engagements de l'employeur et non de simples mesures vagues ou aléatoires. À défaut, elle devrait refuser d'homologuer le plan.

D'autre part et surtout, la DIRECCTE doit s'assurer que les mesures contenues dans le plan sont proportionnées aux moyens dont dispose l'entreprise, l'unité économique et sociale ou le groupe¹.

476. Contrôle administratif de la légalité des modalités de mise en œuvre du projet de licenciement collectif. Que l'on soit en présence d'un accord majoritaire ou d'un document unilatéral, l'Administration est amenée à contrôler la légalité de leur contenu, étant rappelé que l'article L. 1233-24-4 du Code du travail relatif au contenu du document unilatéral renvoie à l'article L. 1233-24-2 dudit code relatif aux points sur lesquels l'accord majoritaire peut porter. L'autorité administrative est donc amenée à contrôler la légalité des modalités de mise en œuvre des licenciements déterminées par l'accord majoritaire et/ou le document unilatéral. Si employeur et syndicats ont conclu un accord majoritaire relatif non seulement au plan de sauvegarde de l'emploi mais également à l'ensemble des modalités de mise en œuvre des licenciements, la DIRECCTE doit s'assurer que cet accord a bien été conclu par des syndicats ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles en faveur des organisations représentatives². Il appartient également à l'autorité administrative de s'assurer que l'accord respecte les règles d'ordre public auxquelles l'article L. 1233-24-3 du Code du travail lui interdit de déroger, qu'il s'agisse des principes généraux gouvernant l'information/consultation des représentants du personnel, de l'obligation d'adaptation et de reclassement de l'employeur, de l'obligation de proposer un contrat de sécurisation professionnelle ou un congé de reclassement, etc.

¹ Art. L. 1233-57-3, C. trav. ; Pour des développements plus approfondis sur le contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

² Art. L. 1233-57-2, 1°, C. trav. ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

Qu'ils soient fixés dans le cadre d'un accord majoritaire ou d'un document unilatéral, l'Administration doit vérifier que sont fixés les critères d'ordre des licenciements et éventuellement que leur périmètre d'application est adapté à un niveau inférieur que l'entreprise, voire qu'est prévue une pondération des critères. L'Administration est appelée à contrôler le nombre de suppressions d'emploi projetées et les catégories professionnelles concernées en s'assurant que la manière dont elles ont été définies est objective et ne permet pas un « ciblage » des salariés, et que les critères ne présentent aucun caractère directement ou indirectement discriminatoire. De même, elle doit contrôler que les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues par l'accord ou le document unilatéral sont conformes aux exigences légales, et notamment, si des mesures de reclassement interne ont été mises en œuvre avant la fin de la procédure, que le comité d'entreprise a bien donné un avis favorable en ce sens¹.

477. Contrôle du respect de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel. Il appartient à la DIRECCTE de s'assurer que l'employeur a respecté les règles gouvernant la procédure d'information/consultation des représentants du personnel. L'autorité administrative doit ainsi s'assurer que l'ensemble des informations nécessaires à l'utilité et à l'effectivité du contrôle par les représentants du personnel leur ont bien été transmises. Elle doit également vérifier que le comité d'entreprise (ou le cas échéant le comité central et le(s) comité(s) d'établissement) a (ont) bien été informé(s) et consulté(s) non seulement au titre du projet de restructuration et de compression des effectifs, en application de l'article L. 2323-15 du Code du travail, mais également sur le projet de licenciement collectif au titre de l'article L. 1233-30 dudit code, à l'exclusion des points éventuellement traités dans le cadre d'un accord majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi. Elle doit vérifier que le comité d'entreprise a bien tenu deux réunions espacées d'un délai minimum de quinze jours et que la procédure s'est bien déroulée dans le délai prefix de l'article L. 1233-30 du Code du travail, étant rappelé que les modalités de la procédure ont pu être adaptées dans un accord de méthode ou dans le cadre d'un accord majoritaire². Dans cette dernière hypothèse, elle devra s'assurer du respect des stipulations conventionnelles relatives au déroulement de la procédure.

En présence d'un accord majoritaire total ou partiel, l'Administration est tenue de contrôler que le comité a bien été consulté sur le projet d'accord au plus tard avant sa

¹ Art. L. 1233-45-1, C. trav.

² Art. L. 1233-21 et s. C. trav. ; art L. 1233-24-2, C. trav.

signature en application de sa compétence générale et de la jurisprudence *EDF*¹. Si elle a été saisie au cours de la procédure d'une demande d'injonction relative à la communication d'informations ou au respect d'une règle de procédure², l'autorité administrative prendra en compte les suites données par l'employeur à l'éventuelle injonction qu'elle lui aura adressée. En outre, l'Administration devrait être amenée à contrôler que l'employeur a sérieusement étudié les suggestions des représentants du personnel relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et qu'il y apporté des réponses motivées ainsi qu'aux propositions alternatives au projet de restructuration.

Par ailleurs, l'Administration est appelée à vérifier que les avis du CHSCT, s'ils ont été rendus à temps, ont bien été transmis au comité d'entreprise afin que celui-ci se prononce sur le projet de licenciement collectif dans sa globalité. Il lui appartient également de s'assurer que l'employeur a bien consulté le(s) CHSCT³.

L'instruction du 19 juillet 2013 estime en revanche qu'« *il n'est pas utile de contrôler de façon plus formelle le déroulement de cette procédure d'information/consultation (contrôle de l'élaboration de l'ordre du jour, date d'envoi des convocations....) d'autant plus quand aucune difficulté n'aura été soulevée au préalable.* »⁴. En effet, amenée à suivre la procédure dès son commencement, l'autorité administrative a pu relever au cours de celle-ci des irrégularités et en faire part à l'employeur dans le cadre d'une lettre d'observations⁵, voire avoir été saisie d'une demande d'injonction par les représentants du personnel afin que l'employeur se conforme à une règle qu'il aurait violée⁶. L'administration aura donc pu être alertée de ce type d'irrégularité lors du déroulement de la procédure et devra lors de l'instruction de la demande d'homologation/validation contrôler les suites données par l'employeur à ses observations ou à une éventuelle injonction⁷. L'instruction du 19 juillet 2013 précise qu'« *Une irrégularité manifeste de procédure d'information/consultation pourrait constituer compte tenu de sa gravité une cause de non homologation du document unilatéral.* »⁸. En revanche, l'absence de motif économique valable fondant la procédure d'information/consultation sur un projet de licenciement collectif n'affecte pas la régularité de cette dernière.

¹ Cass. soc., 5 mai 1998, *EDF*, préc.

² Art. L. 1233-57-5, C. trav.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁴ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁵ Art. L. 1233-57-6, C. trav.

⁶ Art. L. 1233-57-5, C. trav.

⁷ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁸ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

478. Indifférence de l'existence d'un motif valable fondant le recours à un grand licenciement collectif. Saisie d'une demande d'homologation ou de validation d'un document unilatéral ou d'un accord majoritaire, l'Administration est tenue de s'assurer que les représentants du personnel ont été informés et consultés dans le respect des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles. Il convient immédiatement de préciser que la régularité de procédure de consultation relative à un grand licenciement collectif n'est pas subordonnée à l'existence d'un motif économique réel et sérieux. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation antérieure à la loi du 14 juin 2013, lorsqu'un juge contrôle le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, il n'a pas à se prononcer sur la cause des licenciements décidés dans le cadre du projet de licenciement collectif donnant lieu à l'établissement du plan¹.

Cette position a été rappelée de manière « retentissante » dans l'arrêt *Vivéo* dans lequel la Cour de cassation a infirmé le raisonnement *a fortiori* d'une Cour d'appel qui, sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi, avait estimé que dans la mesure où l'absence de plan de reclassement, intégré au plan de sauvegarde de l'emploi, est sanctionnée par la nullité de la procédure et celle des licenciements subséquents, un comité d'entreprise pouvait demander l'annulation de la procédure d'information/consultation en cours lorsqu'elle est engagée par l'employeur en l'absence de motif économique véritable, une telle carence vidant de sa substance cette consultation et privant de fondement légal le projet économique du chef d'entreprise. La Cour d'appel de Paris estimait ainsi qu'adopter la solution contraire en refusant d'annuler la procédure en cours en l'absence de motif économique réel, reviendrait à ôter à l'intervention des représentants du personnel le sens et la portée des prérogatives que le législateur a entendu leur confier ; elle affirmait de surcroît que le législateur aurait manqué à la logique la plus élémentaire s'il avait entendu prévoir la nullité de la procédure de licenciement, en cas d'absence de plan de reclassement, sans avoir voulu la même nullité lorsque c'est le fondement même de ce plan et l'élément déclenchant de toute la procédure qui est défaillant².

¹ Cass. soc., 12 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 372 ; Cass. soc., 3 oct. 2001, *Société Former*, n° 00-15.267, inédit ; Cass. soc., 9 juin 2004, *Société Aldi Marché*, n° 03-12.718, inédit ; Cass. soc., 25 oct. 2006, *Société Lu France*, n° 04-19.845, inédit ; Cass. soc., 20 mars 2007, *Société 3M France*, n° 04-47.562, inédit.

² CA Paris, pôle 6, ch. 2, 12 mai 2011, n° 11/01547, *Comité d'entreprise de la Sté Viveo France c/ SAS Viveo France*, JCP E 2011, 1666, note C. FOUGEA ; G. COUTURIER, « Nullités du licenciement : les audaces de la cour d'appel de Paris », SSL, n° 1509, p. 10 ; A. LYON-CAEN, « La nullité d'une procédure de licenciement collectif pour défaut de motif économique », Dr. ouvrier 2011, p. 537 ; P. LOKIEC, « De l'inexistence... » SSL 2011, n° 1511 ; F. FAVENNEC-HERY, « Recadrer la nullité du licenciement pour motif économique », JCP S 2012, act. 35 ; P. MORVAN, « La jurisprudence virale », JCP S 2013, 121.

Si le raisonnement *a fortiori* ainsi développé par la Cour d'appel est intellectuellement séduisant et semble fondé sur une logique de « bon sens », il n'est en revanche pas valable juridiquement, raison pour laquelle il a été censuré par la Cour de cassation dans l'arrêt *Vivéo*, au motif que « *seule l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi soumis aux représentants du personnel entraîne la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique* » et que dès lors « *la procédure de licenciement ne peut être annulée en considération de la cause économique de licenciement, la validité du plan étant indépendante de la cause du licenciement* »¹. Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris est logiquement censuré en ce qu'il procède d'une confusion entre cause justificative et qualificative du licenciement², l'existence d'un motif économique valable n'a jamais été une condition de validité ou même de régularité des procédures de licenciement collectif, aussi curieux, voire contraire au sens commun, que cela puisse paraître.

En effet, c'est la qualification économique du motif de rupture qui détermine sa soumission, ou non, au droit du licenciement pour motif économique. L'employeur doit donc respecter la, procédure de licenciement collectif lorsqu'il envisage de licencier plusieurs salariés pour un motif non inhérent à leur personne, peu important que ce motif soit légitime ou non. Aussi paradoxal ou absurde que cela puisse paraître un employeur peut donc engager une procédure de grand licenciement collectif et la mener jusqu'à son terme sans qu'un motif économique réel et sérieux ne fonde le projet qui consiste par exemple à prononcer des « licenciements boursiers ». La régularité et la validité de la procédure de licenciement collectif ne sera pas atteinte si l'employeur se plie aux règles d'information/consultation des représentants du personnel et qu'il établit un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales... Dans cette hypothèse les salariés pourront seulement saisir le conseil de prud'hommes *a posteriori*, une fois la rupture prononcée pour qu'il constate et sanctionne l'absence de cause réelle et sérieuse. Si nous partageons l'opinion extrêmement critique de plusieurs auteurs sur la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt *Vivéo*³, il n'en reste pas moins qu'en l'état actuel des textes elle est difficilement contestable. Il serait souhaitable que le législateur mette fin cette incohérence du droit du licenciement pour motif économique qui réduit considérablement l'effectivité de la régulation du coût social des

¹ Cass. soc., 3 mai 2012, *Vivéo*, Bull. civ. V, n° 129 ; P. SARGOS, « Conditions d'annulation d'une procédure de licenciement pour motif économique », Rev. jur. de l'éco. pub. 2012, n° 700, comm. 45 ; F. FAVENNEC-HERY, « L'arrêt *Vivéo* : la fin d'une controverse ? » JCP S 2012, 1241 ; G. COUTURIER, « Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique. Sur l'arrêt *Vivéo*, 3 mai 2012 », Dr. soc. 2012, p. 600 ; E. DOCKES, « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Vivéo* », Dr. soc. 2012, p. 606 ; F. GÉA, « La problématique *Vivéo* : au législateur de reprendre la main », RDT 2012, p. 608.

² En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc.

³ E. DOCKES, art. préc. ; F. GÉA, art. préc.

restructurations¹. À ce titre, dans le communiqué accompagnant cet arrêt, la Cour de cassation « lance un appel au législateur pour qu'il clarifie cette situation ubuesque², appel que le législateur de 2013 a laissé sans réponse...

Si certains ont pu espérer ou craindre qu'en confiant le contrôle des grands licenciements collectifs à la validation ou à l'homologation *a priori* du projet par l'Administration du travail³, il serait mis fin à la jurisprudence *Vivéo*, tel n'est pas le cas en dépit des propos qui ont pu être tenus par le Ministre du travail. Bien que Michel SAPIN ait déclaré que « **si un licenciement est sollicité par une entreprise alors que l'administration considère, comme les salariés, qu'il n'est justifié par aucune raison valable, que l'entreprise dispose de tous les moyens pour résoudre ses difficultés et que les rémunérations versées à l'actionnaire sont considérables, alors il n'y aura pas de licenciement.** Voilà ce que prévoit la loi que le Parlement a votée », ce n'est aucunement le cas. La loi de sécurisation de l'emploi ne conditionne nullement ni la validité, ni même la régularité de la procédure de licenciement collectif, pas plus que la validation ou l'homologation des projets de licenciements collectifs, à l'existence d'un motif économique réel et sérieux⁴. D'ailleurs, l'instruction du 19 juillet 2013 est on ne peut plus claire sur le fait qu'il n'appartient en aucun cas à la DIRECCTE de se prononcer sur le motif économique invoqué par l'employeur à l'appui de son projet⁵, contrairement à ce qu'espérait Jean-Marc GERMAIN. S'il distinguait certes dans son rapport « conformité de la procédure et conformité du motif économique » et estimait inopportun de confier le contrôle du motif économique à l'Administration, il n'en souhaitait pas moins « que le gouvernement donne des instructions claires et précises à l'administration en la matière, afin que puissent être rejetés des plans fondés sur une fraude à la loi »⁶.

Si la conformité de la procédure d'information/consultation aux exigences légales est indépendante de l'existence d'un motif économique « valable » pour recourir à un grand licenciement collectif et que le principe de l'arrêt *Vivéo* est maintenu, il semblerait que la

¹ En ce sens, également, F. GÉA, art. préc.

² P. LOCKIEC, art. préc.

³ P. DE ROZEC, « Le nouveau contentieux des PSE en pratique », JCP S 2013, 1211.

⁴ Propos relatifs à la loi de sécurisation de l'emploi mais tenus lors de l'intervention du Ministre à l'Assemblée nationale le 16 mai 2013 à propos de la proposition de loi sur l'interdiction des licenciements boursiers et les suppressions d'emploi abusives, <http://www.nosdeputes.fr/14/intervention/176625>.

⁵ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁶ J.-M. GERMAIN, rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, rapp. AN, n° 847, préc.

promesse du candidat HOLLANDE de renchérir le coût des licenciements boursiers puisse être officieusement tenue¹.

En effet, on peut imaginer qu'associée dès le début de la procédure de grand licenciement collectif et impliquée tout au long du « processus décisionnel » grâce notamment aux informations dont elle est destinataire et aux observations et propositions relatives au déroulement de la procédure et/ou aux modifications que l'employeur pourrait apporter à son projet de plan de sauvegarde de l'emploi, l'Administration du travail pourra soit constater par elle-même, soit être alertée par les représentants du personnel ou l'expert-comptable, de l'absence de motif économique véritable fondant le recours à un grand licenciement collectif. Elle pourrait ainsi, dans le cadre du dialogue avec l'employeur en cours de procédure, lui indiquer clairement qu'eu égard à la situation de l'entreprise et à l'absence de motif économique valable elle n'acceptera de valider ou d'homologuer le projet de licenciement collectif qu'à la condition que soient prises en compte ses propositions et observations relatives aux mesures sociales d'accompagnement contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi... Comme le souligne Frédéric GÉA, l'autorité administrative « serait en position d'exiger [de l'employeur] contreparties et engagements, en considération de la situation de l'entreprise, de l'unité économique et sociale ou du groupe. Ce faisant, elle pourrait même *a priori* renchérir les licenciements, notamment de ces licenciements qualifiés de « boursiers », de façon à dissuader la violation efficace de la règle et à instaurer subrepticement des compensations acceptables »², donnant dès lors officieusement vie à l'engagement du candidat HOLLANDE, devenu Président de la République.

479. *Décision de validation/homologation ou de refus.* Une fois la demande de validation/homologation et le dossier complet notifié à l'Administration, celle-ci dispose d'un délai de quinze jours pour instruire la demande lorsqu'elle porte sur un accord majoritaire total, et de vingt-et-un jours en l'absence d'accord lorsque le projet de licenciement et le plan de sauvegarde de l'emploi ont été intégralement élaborés par l'employeur dans un document unilatéral à l'issue de la procédure de consultation³. En cas d'accord majoritaire partiel, portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, complété par un document unilatéral, l'article D. 1233-14-1 du Code du travail prévoit que l'Administration doit valider ou non l'accord partiel dans un délai de quinze jours et homologuer ou non le document unilatéral qui

¹ Engagement n° 35 du candidat François HOLLANDE à l'élection présidentielle de 2012.

² F. GÉA, « Les grands licenciements collectifs dans l'ordre administratif », RDT 2013, p. 261.

³ Art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3, C. trav.

le complète dans un délai de vingt-et-un jours. Toutefois, dans une telle hypothèse, l'instruction du 19 juillet 2013 enjoint aux DIRECCTE de se prononcer sur la globalité du projet (accord partiel et document unilatéral) en quinze jours dans la mesure où comme elle le souligne fort justement « *il n'y aurait pas de sens à se prononcer séparément sur l'accord collectif puis sur le document unilatéral, ni à valider l'accord collectif mais à ne pas homologuer le document unilatéral* »¹. Ainsi, dans une telle hypothèse, il est essentiel que la DIRECCTE s'assure dès réception de la demande de validation d'un accord partiel qu'elle a concomitamment reçu une demande d'homologation du document unilatéral de façon à contrôler simultanément ces deux documents. À ce titre, si formellement la DIRECCTE doit valider l'accord collectif et homologuer le document unilatéral, une seule décision administrative doit être prise sachant que le refus de validation de l'accord partiel ou d'homologation du document unilatéral invalide l'intégralité du projet de licenciement². En dépit des délais très brefs dans lesquels l'Administration doit instruire les demandes de validation et d'homologation, et étant précisé que le silence de la DIRECCTE à l'expiration du délai de quinze jours ou vingt-et-un jours vaut validation de l'accord majoritaire ou homologation du document unilatéral³, l'instruction du 19 juillet insiste pour que les DIRECCTE rendent des décisions expresses motivées et non des décisions tacites de validation/homologation⁴.

C'est pourquoi l'instruction du 19 juillet 2013 souligne la nécessité pour l'Administration de s'impliquer en amont de sa saisine pour validation/homologation du projet afin qu'elle puisse préparer sa décision finale grâce aux lettres d'observations et de propositions relatives au contenu du plan ou au déroulement de la procédure ou par le biais de lettres d'injonction en cas de non-respect par l'employeur des règles de procédure⁵.

Les services du Ministère fixent pour objectif aux DIRECCTE de rendre des décisions motivées reposant « *sur une appréciation globale du projet de licenciement économique collectif* », objectif d'autant plus facile à atteindre selon l'instruction que l'Administration se sera impliquée en amont. Si, comme nous l'avons vu, l'Administration doit s'assurer de la légalité de l'accord majoritaire éventuellement conclu, contrôler le contenu du plan et les modalités de mise en œuvre des licenciements qu'elles soient arrêtées conventionnellement ou unilatéralement et vérifier que la procédure d'information/consultation s'est régulièrement

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

³ Art. L. 1233-57-4, C. trav.

⁴ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

⁵ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

déroulée, l'instruction insiste sur le fait que la DIRECCTE doit porter une appréciation globale sur le projet « *au regard des deux enjeux portés par la loi de sécurisation de l'emploi [que sont] : les conditions dans lesquelles le projet a été discuté c'est-à-dire la régularité et la qualité du dialogue social [et] la qualité des mesures sociales d'accompagnement : proportionnalité à la taille de l'entreprise, aux moyens dont dispose l'entreprise, l'UES ou le groupe, proportionnalité des mesures à la nature du projet de licenciement et prise en compte des efforts d'anticipation des entreprises...* »¹. Il semble donc à la lecture de cette instruction qu'un contrôle de proportionnalité du plan sera effectué en toutes circonstances dans la mesure où elle ne distingue pas l'objet du contrôle administratif selon que le plan a été élaboré conventionnellement ou unilatéralement par l'employeur à l'issue de la consultation des représentants du personnel. De même, il ressort de cette instruction que les DIRECCTE doivent prendre en compte les mesures d'anticipation éventuellement mises en œuvre par l'entreprise : dispositifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences², éventuelle conclusion d'un accord de mobilité interne³ ou encore de maintien de l'emploi afin de tenter d'éviter de mettre en place un licenciement collectif⁴.

Dans le cadre de cette appréciation globale du projet à laquelle doit se livrer la DIRECCTE, elle prendra bien évidemment en considération l'attitude de l'employeur face à ses interventions en cours de procédure et particulièrement ses réponses aux observations et propositions, voire aux injonctions administratives. Les services du Ministère espèrent ainsi qu'en dépit de la brièveté accordée à l'Administration pour valider/homologuer le projet, son implication au commencement de la procédure puisse lui permettre de rendre des décisions motivées en ce que grâce à cette association en amont elle est un interlocuteur privilégié qui non seulement facilite le dialogue social, dont elle est censée garantir la qualité, mais aussi qui fait preuve de vigilance s'agissant du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi pour assurer la qualité des mesures sociales d'accompagnement contenues dans ce dernier⁵.

À ce titre, le directeur général de la DGT et la déléguée générale à la DGEFP affirment-ils que « *L'objectif de l'administration n'est évidemment pas de mettre les entreprises dans l'insécurité quant au processus de validation ou d'homologation. **Aucune entreprise de bonne foi ne doit être confrontée par surprise à une décision de refus d'homologation qu'elle n'aurait pas pu anticiper** et on ne peut qu'encourager les contacts*

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

² Art. L. 2242-15 et s., C. trav.

³ Art. L. 2242-21 et s., C. trav.

⁴ Art. L. 5125-1 et s., C. trav.

⁵ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

entre l'administration du travail et les entreprises tout au long de la procédure. La loi a été construite pour que le processus aboutisse à un dialogue suffisamment en amont entre l'entreprise et l'administration et éviter ainsi des incompréhensions. »¹.

480. Notification de la décision. L'article L. 1233-57-4 du Code du travail prévoit que l'Administration doit notifier à l'employeur sa décision de validation ou de refus de validation dans un délai de quinze jours à compter de la réception de l'accord majoritaire et du dossier complet ou sa décision d'homologation ou de refus d'homologation dans un délai de vingt-et-un jours à compter de la réception du document unilatéral et du dossier complet. Sa décision, qui doit être motivée, doit également être notifiée dans les mêmes délais, au comité d'entreprise et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires. Le silence gardé par l'autorité administrative pendant les délais susvisés vaut décision de validation ou d'homologation. Dans ce cas, l'employeur doit transmettre une copie de sa demande de validation ou d'homologation, accompagnée de son accusé de réception par la DIRECCTE, au comité d'entreprise et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales signataires.

L'ordonnance du 26 juin 2014 a modifié les conditions dans lesquelles l'employeur doit porter à la connaissance des salariés la décision de l'Administration du travail relative au projet de licenciement ainsi que les délais et les voies de recours à son encontre². Afin de sécuriser la procédure, notamment en évitant toute contestation relative à la date à laquelle le salarié a eu connaissance de la décision administrative, date qui fait courir le délai de prescription pour agir à son encontre, l'article L. 1233-57-4 du Code du travail dispose désormais que l'employeur doit porter à la connaissance des salariés la décision administrative de refus ou d'homologation/validation du projet (et les délais et voies de recours) en l'affichant dans l'entreprise ou par tout au moyen conférant une date certaine à cette information (lettre avec accusé de réception, remise contre signature, etc.)³.

Il est en effet essentiel que toutes les parties intéressées soient informées de la décision rendue par l'Administration dont les effets sont extrêmement importants pour l'entreprise en ce que soit elle autorise la notification des licenciements envisagés, soit elle la paralyse à peine de nullité des ruptures.

¹ E. WARGON et J.-D. COMBREXELLE, art. préc.

² Ordon. du 26 juin 2014 portant simplification et adaptation du droit du travail, JORF du 27 juin 2014 page 10629.

³ Art. L. 1233-57-4, C. trav.

b - L'effet de la décision administrative de validation/homologation ou de refus d'homologation/validation du projet de licenciement collectif

481. Effet de la décision expresse ou tacite d'homologation ou de validation du projet. Si l'Administration adresse dans le délai de quinze ou vingt-et-un jours une décision motivée d'homologation ou de validation du projet ou qu'elle garde le silence à l'issue de ces délais validant/homologuant ainsi tacitement le projet de licenciement, celui-ci peut être mis en œuvre par l'employeur. Ainsi, le plan de sauvegarde de l'emploi pourra être exécuté dans son ensemble, les mesures de reclassement interne ayant déjà pu commencer à être mises en œuvre si le comité d'entreprise a donné un avis favorable en ce sens¹. Les critères de l'ordre des licenciements pourront être appliqués en tenant compte de leur éventuelle pondération dans le projet de licenciement collectif et ce dans le périmètre défini par l'accord ou le document unilatéral, si la faculté d'adapter unilatéralement le champ d'application des critères est bien confirmée. Une fois les critères de l'ordre des licenciements appliqués, les salariés désignés pourront être licenciés par l'employeur qui devra selon les cas leur proposer le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle² ou d'un congé de reclassement³, voire d'un congé de mobilité⁴.

En présence de représentants du personnel, dans le cadre d'un grand licenciement collectif décidé dans une entreprise de cinquante salariés au moins, l'employeur n'a pas à respecter la procédure individuelle de licenciement impliquant notamment la tenue d'un entretien préalable⁵ ; il doit simplement notifier par lettre recommandée avec avis de réception leur licenciement aux salariés désignés par l'ordre des licenciements. La lettre doit indiquer le motif du licenciement (sa cause économique et son effet sur l'emploi du salarié), la faculté de bénéficier d'un congé de reclassement ou d'un contrat de sécurisation professionnelle, ainsi que le droit à la priorité de réembauche⁶.

À l'inverse en cas de refus d'homologation ou de validation du projet par la DIRECCTE, le prononcé des licenciements est paralysé.

¹ Art. L. 1233-45-1, C. trav.

² Art. L. 1233-65 et s., C. trav.

³ Art. L. 1233-71 et s., C. trav.

⁴ Art. L. 1233-77 et s., C. trav.

⁵ Art. L. 1233-38, C. trav.

⁶ Art. L. 1233-45, C. trav.

482. Effet du refus d'homologation ou de validation du projet. Si l'Administration adresse à l'employeur dans le délai de quinze ou vingt-et-un jours, selon le cas, une décision motivée de refus de validation de l'accord majoritaire ou de refus d'homologation du document unilatéral l'employeur ne peut, à peine de nullité des ruptures, prononcer les licenciements¹. Si malgré le refus de validation/homologation opposé par l'Administration, l'employeur souhaite maintenir son projet de grand licenciement collectif, il lui appartient par conséquent soit de rouvrir une négociation afin de conclure un nouvel accord majoritaire tenant compte des motifs pour lesquels le précédent n'a pas été validé, soit d'établir un nouveau document unilatéral modifié selon les observations de l'Administration qui l'ont conduite à refuser d'homologuer le document initial².

Une fois la demande d'homologation ou de validation rejetée par la DIRECCTE, l'employeur dispose de nouveau de la faculté de choisir de recourir à la voie unilatérale ou négociée pour amender son projet de licenciement collectif. Le fait qu'il ait en premier lieu soumis une demande de validation d'un accord majoritaire, ne l'oblige en rien une fois la validation rejetée à rouvrir une négociation, et il peut décider de passer par la voie unilatérale et établir un document reprenant le points de l'accord approuvés par la DIRECCTE et complété en fonction des motifs ayant fondé le rejet de la demande de validation, et *vice versa*. En tout état de cause, une fois sa première demande de validation ou d'homologation rejetée par la DIRECCTE, l'employeur qui décide de maintenir son projet devra consulter à nouveau le comité d'entreprise, et ce qu'il ait décidé de conclure un nouvel accord ou d'élaborer un document unilatéral amendé en fonction des motifs de rejet de la première demande³.

Une fois son projet modifié en tenant compte des raisons pour lesquelles l'Administration a rejeté sa première demande de validation ou d'homologation et après avoir consulté de nouveau le comité d'entreprise sur le nouveau projet d'accord majoritaire ou de document unilatéral, il devra adresser une nouvelle demande de validation ou d'homologation du projet qui sera instruite dans les mêmes conditions que la première⁴.

Tant que l'employeur n'aura pas obtenu une décision expresse ou tacite d'homologation ou de validation de son projet de grand licenciement collectif, il ne pourra notifier aucune rupture⁵. S'il ne tient pas compte du refus opposé par la DIRECCTE et qu'il

¹ Art. L. 1233-39, L. 1235-10 et L. 1235-11 C. trav.

² Art. L. 1233-57-7, C. trav.

³ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-39, C. trav.

notifie des licenciements prévus dans le projet non homologué/non validé par l'Administration du travail, il s'expose à l'annulation des licenciements prononcés en violation de l'article L. 1233-39 du Code du travail.

483. Nullité des ruptures prononcées en l'absence d'homologation/validation du projet. Les salariés licenciés en l'absence de décision d'homologation ou de validation du projet ou malgré le refus de la DIRECCTE peuvent saisir le conseil de prud'hommes d'une demande d'annulation de leur licenciement sur le fondement des articles L. 1235-10 et L. 1235-11 du Code du travail. En application de l'article L. 1235-11 du Code du travail, lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle, du fait de l'absence d'homologation/validation du projet de licenciement collectif ou malgré le refus d'homologation/validation, *« il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier, sauf si cette réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible »*. Seuls les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté peuvent solliciter l'annulation de leur licenciement et leur réintégration. Cette condition d'ancienneté posée à l'article L. 1235-14, 1°, du Code du travail a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel¹. Les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté n'ont donc droit qu'à l'indemnisation de leur préjudice².

Le salarié dont le licenciement est ainsi annulé peut demander à être réintégré en application de l'article L. 1235-11 du Code du travail.

¹ Le Conseil constitutionnel a jugé que l'article L. 1235-14, 1°, du Code du travail excluant la nullité du licenciement d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté prononcé en l'absence d'un plan de sauvegarde de l'emploi suffisant ne porte atteinte ni au principe d'égalité devant la loi ni au droit d'obtenir un emploi au motif *« qu'en retenant un critère d'ancienneté du salarié dans l'entreprise, le législateur s'est fondé sur un critère objectif et rationnel en lien direct avec l'objet de la loi ; qu'en fixant à deux ans la durée de l'ancienneté exigée, il a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre qui n'est pas manifestement déséquilibrée »* ; Cons. const., déc. n° 2012-232, du 13 avr. 2012, JO du 14 avr. 2012, p. 6886 ; Constitutions 2010, p. 334, obs. C. RADÉ ; Dr. ouv. 2012, p. 674, obs. P.-Y. GADHOUN ; Cass. soc., 1^{er} fév. 2012, QPC n° 11-40.092, Bull. civ. V, n° 50.

² Art. L. 1235-14, 1°, C. trav.

484. Droit à réintégration. La réintégration constitue un droit pour le salarié dont le licenciement est nul. La rédaction issue de la loi du 18 janvier 2005 selon laquelle le juge « *peut ordonner* » la réintégration ne doit pas laisser penser qu'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière¹ ; dès lors qu'elle est possible le juge doit l'ordonner².

La réintégration constitue une obligation de résultat pour l'employeur dont il ne pourra être exonéré qu'en cas de force majeure caractérisée par « l'impossible réintégration ». Avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 janvier 2005, la jurisprudence estimait que seule une impossibilité matérielle de réintégrer le salarié dans l'entreprise libérait l'employeur de l'obligation de réintégration³. Désormais, l'article L. 1235-11 du Code du travail dresse une liste non exhaustive des hypothèses dans lesquelles la réintégration est impossible et ne doit dès lors pas être ordonnée. Au-delà du fait que cette précision apportée par la loi du 18 janvier 2005 était superflue, la rédaction, maladroite, adoptée par le législateur de 2005 n'est pas sans soulever un certain nombre d'incertitudes, notamment s'agissant de la portée accordée aux références à « *la fermeture de l'établissement ou du site* ». La fermeture de l'établissement, et *a fortiori* du site, notion inconnue du droit du licenciement pour motif économique, ne devrait pas impliquer automatiquement l'impossibilité de réintégrer les salariés dans la mesure où le périmètre de la réintégration est l'entreprise, à l'exclusion du groupe⁴. À ce titre, le Conseil constitutionnel, qui rappelle le pouvoir d'appréciation et d'interprétation des juges, semble considérer que les exemples cités par l'article L. 1235-11 du Code du travail constituent des hypothèses dans lesquelles il est probable que la réintégration soit impossible, sans qu'il y ait lieu de la tenir pour certaine⁵.

¹ La loi de modernisation sociale (loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002, préc.) a consacré la solution dégagée par la Cour de cassation dans l'arrêt *La Samaritaine* (Cass. soc. 13 fév. 1997, préc.), tendant à étendre aux licenciements la nullité de la procédure. La loi du 17 janvier 2002 imposa donc au juge ayant constaté la nullité de la procédure de prononcer la nullité du licenciement du salarié et d'ordonner sa réintégration. Elle fixa également le montant d'indemnisation minimum qui devait être accordé au salarié non réintégré. Réagissant à un « fait divers judiciaire » : le conseil de prud'hommes de Soissons avait ordonné la réintégration de plus de 400 salariés dans une société qui ne devait sa survie juridique qu'aux besoins de sa liquidation judiciaire (CPH Soissons, 5 nov. 2004, *Wolber*) un amendement rédigé « à la va-vite » fut introduit dans la loi de cohésion sociale (loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005, préc.) afin de préciser que le juge « *peut* » ordonner la réintégration du salarié sauf lorsqu'elle est impossible, la loi dressant une liste non exhaustive des hypothèses censées caractériser une telle impossibilité.

² Cons. const., 13 janv. 2005, déc. 2004-509 DC, consid. 26, Dr. soc. 2005, p. 408.

³ Cass. soc., 15 juin 2005, Dr. soc. 2005, p. 851 ; G. COUTURIER, « Sur les nullités sanctionnant l'insuffisance du plan de reclassement : dits et non-dits de l'arrêt *Wolber* », Dr. soc. 2005, page 847 ; JCP S, 5 juil. 2005, 1035, « Réintégration de salariés licenciés pour motif économique ; la Cour de cassation prend position », comm. P.-Y. VERKINDT ; S. BEAL et M.-N. ROUSPIDE, « Nullité du plan social et réintégration matériellement impossible », JCP 2005 n° 40, 1462 ; Cass. soc. 2 fév. 2005, D. 2005, IR 523.

⁴ Cass. soc., 15 fév. 2006, n° 04-43.282, CSBP, 2006, n° 180, p. 215, obs. C. CHARBONNEAU ; JCP S 2006, 1180, et JCP E 2006, 1735, notes P. MORVAN ; F. CHAMPEAUX, « Le périmètre de la réintégration n'est pas étendu au groupe », SSL, 27 fév. 2006, n° 1250, p. 12.

⁵ Cons. const., 13 janv. 2005, déc. 2004-509 DC, consid. 25, Dr. soc. 2005, p. 408.

485. Indemnisation. S'il est réintégré, le salarié a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé. Il faut donc déduire de cette somme les revenus qu'il a pu tirer d'une autre activité ou le revenu de remplacement éventuellement versé par Pôle emploi¹, étant précisé qu'en application de l'article L. 1235-4 du Code du travail l'employeur sera condamné à rembourser à cet organisme tout ou partie des indemnités chômage versées au salarié dont le licenciement a été annulé.

Si le salarié ne demande pas sa réintégration, ou que celle-ci est impossible, il a droit à une indemnité réparant son préjudice, souverainement apprécié par les juges du fond qui ne pourront en tout état de cause pas lui accorder une indemnité inférieure aux salaires des douze derniers mois².

Lorsque la validation ou l'homologation de son projet de licenciement collectif a été refusée par l'autorité administrative, l'employeur a donc tout intérêt à reprendre son projet pour pouvoir présenter une nouvelle demande de validation ou d'homologation afin d'éviter de s'exposer aux sanctions particulièrement comminatoires dont est assorti le prononcé des licenciements. Certes, l'employeur pourrait préférer intenter un recours contre la décision de refus. Toutefois, même si la loi de sécurisation de l'emploi a prévu un traitement juridictionnel rapide des contestations des décisions de l'Administration, reprendre son projet en tenant compte des motifs du refus de validation ou d'homologation lui permettra sans doute de pouvoir mettre en œuvre plus rapidement son projet de restructuration et de grand licenciement collectif que s'il saisit le tribunal administratif d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la décision refusant la validation/homologation du projet. D'autant plus que l'annulation d'un refus de validation ou d'homologation ne vaut pas validation ou homologation, et qu'il faudra donc reprendre la procédure ...

¹ Cass. soc., 3 juil. 2003, Bull. civ. V, n° 214 ; D. 2004, Somm. 180, obs. B. REYNÈS ; JCP E 2004, 563, obs. J.-F. CESARO ; RJS 2003, n° 1141 ; Cass. soc., 12 fév. 2008, Bull. civ. V, n° 34 ; RJS 2008, n° 404 ; JCP S 2008, 1336, note F. DUMONT.

² Art. L. 1235-11, C. trav., *in fine*.

B - Le possible recours au contrôle juridictionnel des décisions de grand licenciement collectif

Si dans l'ANI du 11 janvier 2013 les partenaires sociaux n'avaient envisagé de contrôle administratif qu'à l'égard des projets de grand licenciement collectif ayant fait l'objet d'un document unilatéral, à l'exclusion de ceux ayant donné lieu à la conclusion d'un accord majoritaire dont le contrôle aurait donc dû relever du juge judiciaire, le législateur en a décidé autrement en confiant le contrôle de l'ensemble des projets de grand licenciement collectif, conventionnels ou unilatéraux, à l'Administration du travail¹. Il a ainsi entendu soumettre l'ensemble des projets de licenciement collectifs donnant lieu à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi au contrôle des pouvoirs publics chargés de s'assurer de la qualité des mesures sociales accompagnant le projet de licenciement collectif mais également de la qualité du dialogue social au sein de l'entreprise sur lesdits projets. Ce faisant législateur a ainsi également souhaité éviter « l'éparpillement » du contentieux relatif au plan de sauvegarde de l'emploi et aux procédures d'information/consultation des représentants du personnel entre juge judiciaire et juge administratif selon que le projet de licenciement est ou non l'objet d'un accord majoritaire. Ce faisant, le législateur a, dans une certaine mesure, réalisé le souhait des organisations patronales, un des membres du bureau du Medef ayant affirmé que « *S'agissant du contentieux, nous avons fait un choix clair. Nous sommes revenus au tribunal administratif, car nous avons estimé que le système fonctionnait mieux auparavant. Mais il ne s'agit pas d'une autorisation : il doit être clair qu'à aucun moment le tribunal administratif n'a à se prononcer sur le motif – c'est le rôle du juge judiciaire. Le tribunal administratif a vocation à examiner si les mesures d'accompagnement prévues sont les bonnes et si les formes ont été respectées* »². De fait, si le législateur confie en toute logique au juge administratif les contestations relatives aux décisions prises par l'Administration dans le cadre de la procédure de grand licenciement collectif projetée dans une entreprise de cinquante salariés au moins (1), le juge judiciaire n'en conserve pas moins une compétence résiduelle en matière de grand licenciement collectif (2).

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² M. BERNASCONI, membre du bureau exécutif du MEDEF, lors de son audition par la commission des affaires sociales, V. rapp. AN préc. p. 105.

1 - Le recours devant le juge administratif à l'encontre des décisions de la DIRECCTE

486. Compétence *ratione materiae* du juge administratif. Le juge administratif est, fort logiquement, seul compétent pour se prononcer sur les décisions de l'Administration du travail de validation tacite ou expresse (ou de refus de validation) de l'accord majoritaire et sur celles d'homologation du document unilatéral élaboré en concertation avec les représentants du personnel sur ces questions. Tout recours gracieux ou hiérarchique est expressément exclu par l'article L. 1235-7-1, alinéa 2, du Code du travail. De même, toute action tendant à contester le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi relève dorénavant de la compétence du tribunal administratif.

Par ailleurs, le juge administratif se voit également confié le contrôle de la régularité de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise (ou le cas échéant du comité central et du ou des comité(s) d'établissement) sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif et du CHSCT et/ou de l'instance de coordination, dès lors que la procédure de licenciement collectif a été engagée sous l'empire des dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi¹. A l'instar des procès verbaux de carence et des avis d'irrégularité de la procédure en vigueur avant la réforme de 2013, les lettres d'observations relatives au contenu du plan ou au déroulement de la procédure d'information/consultation adressées au cours de cette dernière par l'Administration à l'employeur ne sont pas des décisions faisant grief et, partant, sont insusceptibles de recours devant le juge administratif².

Pour ce qui concerne les décisions d'injonction rendues en application de l'article L. 1233-57-5 du Code du travail, elles ne sont susceptibles d'aucun recours immédiat : ni gracieux, ni hiérarchique, ni judiciaire. En effet, l'article L. 1235-7-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose que « *L'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige*

¹ Ainsi, dès lors que la convocation à la première réunion du comité d'entreprise sur le projet de licenciement en application de l'article L. 1233-30 du Code du travail a été faite à compter du 1^{er} juillet 2013 (Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 18-XXXIII), seul le tribunal administratif sera compétent ; étant précisé que si avant cette date l'employeur a réuni le comité lors d'une réunion informelle relative au projet de restructuration et de compression des effectifs, cette réunion n'entrant pas dans les prévisions de l'article L. 1233-30, elle n'a pas pour effet de soumettre la procédure de licenciement collectif au droit antérieur à la loi de sécurisation de l'emploi et la compétence du tribunal de grande instance est dès lors exclue (TGI Créteil, ord. réf., 21 nov. 2013, n° 13/01404, JCP S 2013, 1476, note P. MORVAN).

² Art. L. 1233-57-6 C. trav. ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4 » du Code du travail. Ainsi, les représentants du personnel dont la demande d'injonction a été rejetée ou l'employeur à l'encontre duquel la DIRECCTE a émis une demande d'injonction de fournir certaines informations aux représentants du personnel ne peuvent immédiatement contester cette décision de l'autorité administrative. Il leur faut attendre la décision finale relative à l'homologation/validation du projet pour pouvoir ce faire, les décisions d'injonction ne pouvant « *faire l'objet d'un litige distinct* »¹.

487. Prescription des actions devant le juge administratif. Si, afin de conférer une certaine sécurité juridique aux procédures de grand licenciement collectif, l'ANI du 11 janvier 2013 avait prévu d'enserrer les actions en contestation de l'accord majoritaire et celles relatives aux décisions d'homologation du document unilatéral dans un délai de trois mois², le législateur a réduit ce délai à deux mois³.

L'article L. 1235-7-1 du Code du travail dispose ainsi que l'employeur qui entend contester la décision administrative de validation ou d'homologation du projet de licenciement doit introduire sa demande dans un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision ou de l'expiration du délai de quinze ou vingt-et-un jours au terme duquel le projet est réputé tacitement validé/homologué. S'il semble peu probable que les employeurs contestent les décisions de validation ou d'homologation qui leur sont favorables, la contestation par l'employeur d'une décision de refus lui imposant d'amender son projet et de consulter à nouveau le comité d'entreprise apparaît pour sa part plus envisageable et devra être introduite dans ce délai de deux mois. Toutefois, il semble à notre sens que l'employeur a davantage à perdre en contestant la décision de refus devant le tribunal administratif qu'en reprenant son projet en vue d'une nouvelle demande d'homologation/validation⁴.

En effet, même s'il peut saisir le tribunal administratif en référé à condition de caractériser l'urgence qu'il y a à annuler la décision de refus et de faire état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision⁵, cela ne sera pas forcément chose aisée. En effet, le Conseil d'Etat estime que bien que la

¹ Art; L. 1235-7-1, C. trav.

² ANI du 11 janv. 2013, préc.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc. ; art. L. 1235-7-1, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

⁵ Art ; L. 521-1, CJA.

décision d'homologation/validation du projet de licenciement par la DIRECCTE autorise la notification des ruptures, la condition d'urgence n'est pas par principe remplie lorsqu'est demandée la suspension d'une décision d'homologation/validation ; il appartient aux requérants de rapporter la preuve de cette urgence qui ne peut résider seulement dans le prononcé imminent des ruptures¹. En l'absence de présomption d'urgence en matière d'homologation/validation d'un projet de licenciement, s'il souhaite contester la décision de refus d'homologation/validation l'employeur devra caractériser l'urgence de la nécessité de remettre en cause cette décision, ce qui sera délicat dans la mesure où l'annulation de la décision de refus ou sa suspension par le juge des référés ne vaut pas validation/homologation du projet par la DIRECCTE ...

Si tant est que sa demande ait été jugée recevable et que le juge des référés la rejette, l'employeur pourra certes saisir le tribunal administratif au fond qui devra se prononcer dans un délai de trois mois sauf à être dessaisi du litige au profit de la Cour administrative d'appel². Il semble toutefois que contester devant le tribunal administratif la décision de refus s'avérerait une perte de temps. L'employeur aura « plus vite fait » d'amender son projet en tenant compte des raisons qui ont motivé le refus de l'Administration et de consulter le comité d'entreprise sur le nouveau projet d'accord ou de document unilatéral pour pouvoir présenter une nouvelle demande d'homologation/validation que de se lancer dans une bataille judiciaire.... D'une part, il y gagnera en temps, ce qui lui permettra de mettre en œuvre son projet de restructuration et de grand licenciement collectif plus rapidement, et d'autre part il y gagnera également en « sérénité » non seulement dans ses rapports avec les représentants du personnel et les syndicats mais surtout dans ceux avec l'Administration du travail...

488. Par ailleurs, les organisations syndicales disposent également d'un délai de deux mois pour contester la décision d'homologation ou de validation du projet de licenciement collectif « *à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance conformément à l'article L. 1233-57-4* » du Code du travail³. Un certain nombre de problèmes risquent de survenir à propos du point de départ du délai de prescription de la contestation des décisions de l'Administration par les organisations syndicales. Ainsi, la notification de la décision expresse de sa décision par l'Administration n'est prévue qu'en cas de validation ou de refus de validation de l'accord majoritaire, et seulement à destination des

¹ V. CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 21 févr. 2014, n° 374409

² Art. L. 1235-7-1 C. trav.

³ Art. L. 1235-7-1 C. trav.

organisations syndicales signataires... Or, tant que la jurisprudence ne se sera pas prononcée sur cette question, on ne peut exclure, loin s'en faut, que les organisations syndicales représentatives non signataires de l'accord puissent contester la validation de l'accord par l'Administration au nom de l'intérêt collectif de la profession¹. Il faudra donc déterminer en de telles circonstances le point de départ du délai de deux mois dans lequel les syndicats non signataires pourront agir.

De même, dans la mesure où la notification aux organisations syndicales de la décision d'homologation du document unilatéral n'est pas prévue par l'article L. 1233-57-4 du Code du travail, et où il semble envisageable qu'elles puissent, là aussi, la contester au titre de l'intérêt collectif de la profession², se posera sans doute la question du point de départ du délai de prescription dans cette hypothèse également, les juges du fond ayant reconnu leur qualité à agir. Afin d'éviter que le délai de prescription dans ces hypothèses ne soit pas opposable aux syndicats ce qui serait une source d'insécurité juridique en contradiction totale avec l'objectif affiché tant par l'ANI du 11 janvier 2013 que par le législateur³, nous ne saurions trop recommander aux employeurs de notifier la décision de la DIRECCTE par tout moyen conférant une date certaine à cette notification à l'ensemble des syndicats représentatifs dans l'entreprise, et ce en toutes circonstances, particulièrement en cas de décision tacite d'homologation/validation du projet.

489. Concernant les salariés leur action doit également être introduite dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle ils ont été informés de la décision de validation/homologation⁴, étant précisé que les juges du fond ont reconnu la qualité à former un recours contre cette décision aux salariés qui n'ont pas été licenciés dans le cadre du projet homologué/validé.

490. Curieusement, l'article L. 1235-7-1 du Code du travail n'envisage pas l'action des représentants du personnel, qu'il s'agisse du comité d'entreprise (ou le cas échéant du comité central et du ou des comité(s) d'établissement(s)) ou du CHSCT alors même qu'est envisagée devant le tribunal administratif la contestation relative à la régularité de la

¹ Art. L. 2132-3, C. trav.

² En ce sens, R. VATINET, « Sur le devenir des contentieux des PSE », JCP S 2013, 1210.

³ ANI du 11 janv. 2013, préc. ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ L'employeur étant tenu de porter à leur connaissance par voie d'affichage sur les lieux de travail ou tout autre moyen susceptible de conférer une date certaine à cette information la décision (tacite ou expresse) de validation ou d'homologation, ainsi que les voies et délais de recours ; Art. L. 1233-57-4, *in fine*, C. trav

procédure d'information/consultation des représentants du personnel. Toutefois, le comité d'entreprise et le CHSCT étant dotés de la personnalité morale et, partant, du droit d'agir en justice, et ayant un intérêt propre à contester la régularité de la procédure, leur action devrait être jugée recevable ; la qualité à agir du comité d'entreprise a d'ailleurs été reconnue par certains juges du fond.

En revanche, la notification de la décision au CHSCT n'est pas prévue, ce qui pose le problème du point de départ du délai de prescription de l'action de ce dernier qui entendrait contester la régularité de sa consultation. Pour éviter tout litige relatif au point de départ de la prescription, il faudra que l'employeur notifie la décision expresse ou tacite de validation/homologation au CHSCT afin que coure à son encontre le délai de prescription de deux mois.

Il convient d'indiquer que, saisi par un tribunal administratif sur le fondement de l'article R. 351-3 du Code de justice administrative aux fins de déterminer quel tribunal administratif était territorialement compétent pour trancher une contestation relative à une décision d'homologation, le Conseil d'Etat a affirmé que *« lorsque l'accord collectif ou le document de l'employeur relatif au projet de licenciement collectif en cause identifie le ou les établissements auxquels sont rattachés les emplois dont la suppression est envisagée et que ces établissements sont situés dans le ressort d'un même tribunal administratif, ce tribunal est compétent pour connaître d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision administrative validant l'accord collectif ou homologuant le document de l'employeur »*. La haute juridiction administrative poursuit en énonçant que *« dans tous les autres cas, il y a lieu d'estimer que " l'établissement (...) à l'origine du litige " au sens de l'article R. 312-10 du code de justice administrative est l'entreprise elle-même et que le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le siège de cette entreprise »*¹.

Si, pour éviter une remise en cause tardive des grands licenciements collectifs, le législateur a enserré les actions en contestation des décisions d'homologation/validation (ou de refus) dans un délai de seulement deux mois, on ne peut que regretter l'encadrement lacunaire de ces actions susceptible de faire surgir des problèmes liés au point de départ du délai de prescription. De ce point de vue, nous ne saurions trop conseiller aux employeurs d'aller « au-delà » de leurs obligations légales et de notifier à tous les intéressés les décisions de l'administration, tacites ou expresses, en précisant les délais et voies de recours, et ce afin

¹ CE, 24 janv. 2014, n° 374163, publié au Recueil Lebon ; AJDA 2014, p. 191, note D. POUPEAU.

d'être sûr que le délai de prescription de deux mois commence à courir à l'encontre de tous les intéressés.

Sécuriser les procédures de grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins implique non seulement d'assurer que celle-ci se déroulera dans un délai prefix afin de garantir la mise en œuvre du projet de restructuration et de licenciement « en temps et en heure », mais également que le licenciement collectif validé/homologué ne puisse faire l'objet de guérillas judiciaires aboutissant à sa remise en cause longtemps après le prononcé des ruptures, remise en cause source de conséquences extrêmement lourdes puisqu'elle peut aboutir à l'annulation des ruptures... À ce titre, non seulement les actions en contestation des décisions administratives se prescrivent par deux mois à compter de la connaissance de la décision de l'Administration relative au projet de licenciement collectif, mais le législateur a de surcroît prévu le dessaisissement du juge s'il ne statue pas suffisamment rapidement.

491. *Délai de trois mois pour statuer de la demande à peine de dessaisissement.* Afin d'éviter que la procédure engagée devant le juge administratif ne s'éternise et n'aboutisse que plusieurs années après le prononcé des licenciements, tout en essayant de préserver l'existence de deux degrés de juridiction, la loi du 14 juin 2013 a prévu une procédure de dessaisissement du juge administratif s'il « tarde à statuer » afin de permettre un dénouement rapide du litige. Ainsi, l'article L. 1235-7-1 du Code du travail impose au tribunal administratif de se prononcer dans un délai de trois mois, à peine de dessaisissement au profit de la Cour administrative d'appel. Qu'elle soit saisie suite au dessaisissement du tribunal administratif, ou à la suite de l'appel interjeté contre le jugement de ce dernier, la Cour administrative d'appel dispose, en toutes hypothèses, d'un délai de trois mois pour statuer, à défaut de quoi elle sera dessaisie au profit du Conseil d'Etat qui n'est soumis pour sa part à aucun délai pour statuer.

Ainsi, le Conseil d'Etat peut-il être amené à jouer « trois rôles différents » selon les circonstances¹ : il peut ainsi se retrouver en position de juge en premier et dernier ressort de la décision d'homologation/validation, du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et de la régularité de la procédure lorsque ni le tribunal administratif, ni la Cour d'appel n'auront été en mesure de se prononcer dans le délai de trois mois qui leur est imparti par l'article L. 1235-7-1 du Code du travail. Une éventuelle lenteur des juridictions administratives pourrait donc

¹ En ce sens, Y. STRUILLLOU, art. préc.

aboutir à priver les justiciables des deux premiers degrés de juridiction, ce qui n'est pas sans poser difficulté au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le Conseil d'Etat peut également être amené à jouer le rôle de juge d'appel des jugements des tribunaux administratifs sur lesquels les Cours d'appel administratives n'auront pas réussi à statuer dans le délai de trois mois, ou encore si tribunal administratif et Cour d'appel ont chacun réussi à se prononcer dans le délai de trois mois être juge de cassation des arrêts des Cours d'appel administratives.

Il est relativement difficile d'apprécier à l'heure actuelle la capacité des juridictions du fond à statuer dans les délais impartis, faute de pouvoir évaluer le nombre de procédures de grand licenciement collectif entraînant une saisine du juge administratif et de connaître précisément « l'engorgement » des différents tribunaux administratifs eu égard à la diversité de la charge de travail des juridictions administratives¹. Toutefois, lors des débats parlementaires, le Ministre du Travail a précisé qu'il travaillait « avec le Conseil d'État, qui a la responsabilité de l'ensemble du système juridictionnel administratif, à la mise en place d'un certain nombre de formations et de mécanismes dans chacune des juridictions concernées, afin que tout soit prêt pour examiner de manière précise et irréprochable sur le plan juridique les recours des entreprises comme des salariés. »².

Espérons de ce point de vue pour que le droit fondamental à l'accès à la justice soit respecté, que le fait que le Conseil d'Etat puisse être amené à jouer « différentes fonctions » : juge en premier et dernier ressort, juge d'appel, juge de cassation, sans oublier le possible recours par les juges du fond à la procédure d'avis, va permettre que soient rapidement dégagées les grandes lignes directrices du contrôle des décisions relatives aux projets de licenciements collectif, notamment quant à la nature du contrôle (restreint ou entier) que devront faire les juges du fond, afin que ceux-ci disposent d'une grille d'analyse des décisions de l'Administration leur permettant de statuer dans le délai de trois mois. A ce titre, il semble probable que le Conseil d'Etat et les juridictions du fond s'inspireront des solutions dégagées par la jurisprudence judiciaire pendant près de trente ans ce qui permettra d'assurer une certaine continuité dans l'analyse juridictionnelle du droit des grands licenciements collectifs donnant lieu à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi³. Cette continuité existe

¹ En ce sens, Y. STRUILLOU, art. préc.

² M. SAPIN, Sénat, séance du 20 avril 2013.

³ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*

dans une certaine mesure s'agissant des conséquences de l'annulation de la décision d'homologation/annulation par le juge administratif¹.

492. Effets de l'annulation juridictionnelle des décisions d'homologation/validation des projets de licenciement collectif. Le droit du licenciement est né dans les années 1970², à une époque de plein emploi où les salariés licenciés n'avaient guère de difficultés pour retrouver une activité professionnelle, ce qui explique sans doute que le législateur ait décidé d'assortir de sanctions relativement peu comminatoires le non-respect du droit du licenciement. Ainsi, ni l'exigence d'une cause réelle sérieuse à l'appui du licenciement, ni celle du respect de la procédure de licenciement tant individuelle que de celle d'information/consultation des représentants du personnel en cas de licenciement collectif, ne furent érigées en condition de validité des ruptures. La nullité fit pour la première fois son apparition dans le droit des licenciements collectifs avec la loi du 27 janvier 1993 qui décida de sanctionner l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi par la nullité de la procédure de licenciement collectif³, par la suite « étendue » aux licenciements subséquents dans l'arrêt *La Samaritaine*⁴. La nullité des licenciements était donc cantonnée à la seule hypothèse de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, à l'exclusion des irrégularités dans la procédure d'information/consultation des représentants du personnel ou de l'absence de motif économique « valable » pour décider de mettre en œuvre un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins, principe rappelé récemment dans l'arrêt *Vivéo*⁵.

Désormais, la validité des licenciements prononcés dans le cadre d'un projet de grand licenciement collectif est subordonnée à sa validation ou à son homologation par la DIRECCTE, à défaut les licenciements sont nuls⁶. Le principe du cantonnement de la nullité des ruptures à la seule hypothèse de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi a été repris par la loi de sécurisation de l'emploi. En effet, si le juge administratif annule une décision d'homologation ou de validation du projet de licenciement collectif en

¹ En ce sens, G. COUTURIER, art. préc.

² Loi n° 73-680, du 13 juil. 1973, modification du code du travail ne ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, JO du 18 juil. 1973, p. 7763 ; Loi n° 75-3, du 3 janv. 1975 préc.

³ Loi n° 93-121, du 27 janv. 1993, préc.

⁴ Cass. soc., 13 fév. 1997, *La Samaritaine*, préc.

⁵ Cass. soc., 3 mai 2012, *Vivéo*, préc.

⁶ Art. L. 1233-39, L. 1235-10 et L. 1235-11, C. trav.

raison de l'insuffisance du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les salariés pourront solliciter l'annulation de leur licenciement et leur réintégration dans l'entreprise¹.

En revanche, si le juge administratif annule la décision administrative d'homologation/validation du projet de licenciement collectif pour une raison autre que l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, par exemple parce qu'il constate que l'accord sur le plan ne satisfait pas à l'exigence majoritaire, que la procédure d'information/consultation des représentants du personnel a été menée irrégulièrement, ou encore que l'accord ou le document unilatéral ne satisfont pas aux exigences légales ou conventionnelles, la nullité de la procédure de licenciement collectif et des licenciements n'est pas encourue. En effet, dans une telle hypothèse l'article L. 1235-16 du Code du travail dispose qu'une telle annulation de la décision d'homologation/validation étrangère à l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi « *donne lieu, sous réserve de l'accord des parties, à la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. A défaut, le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.* ». Subordonnée à l'accord de l'employeur, l'éventuelle réintégration du salarié ne résulte donc aucunement de la nullité de la rupture qui n'est pas encourue dans une telle hypothèse. En réalité, les prévisions de l'article L. 1235-16 du Code du travail en cas d'annulation étrangère au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi de la décision d'homologation/validation s'apparente à ce que prévoit l'article L. 1235-3 du Code du travail, dans les conditions du droit commun, lorsque le juge constate l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

Le fait que le législateur ait décidé de limiter la nullité de la procédure et des licenciements aux seules annulations des décisions d'homologation/validation fondées sur l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi témoigne de sa volonté de maintenir une certaine continuité entre les sanctions dorénavant applicables et celles qui prévalaient avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi².

Ainsi, en cas d'annulation par le juge administratif de la décision d'homologation ou de validation du projet de licenciement collectif, les salariés pourront, selon le fondement de l'annulation de la décision, saisir le conseil de prud'hommes pour qu'il constate la nullité de leur licenciement ou qu'il propose la réintégration du salarié à l'employeur qui, s'il s'y

¹ Les conséquences d'une telle annulation sont identiques à celles rapidement développées plus haut lorsque l'employeur notifie les licenciements en l'absence d'une décision d'homologation/validation du projet ou malgré un refus de l'Administration.

² En ce sens, G. COUTURIER, art. préc.

oppose, devra alors indemniser le salarié. En effet, si l'ensemble du contentieux relatif aux décisions de l'administration, au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, à la régularité de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel relève désormais de la compétence du juge administratif, le juge judiciaire n'en conserve pas moins une compétence résiduelle.

2 - La compétence résiduelle du juge judiciaire

493. Si les partenaires sociaux et le législateur ont souhaité sécuriser la procédure notamment en tentant de la « déjudiciariser », cette déjudiciarisation se traduit essentiellement par la mise à l'écart du juge judiciaire au profit du juge administratif logiquement appelé à contrôler les décisions administratives relatives aux projets de grands licenciements collectifs. Toutefois, cette « déjudiciarisation donne lieu en réalité à une division du contentieux entre juge administratif et judiciaire : là où jusqu'à présent un seul juge était compétent désormais deux peuvent être appelés à intervenir¹.

Si seul le juge administratif est, fort logiquement, compétent pour ce qui concerne les litiges relatifs aux interventions et décisions de l'Administration, le juge judiciaire n'en conserve pas moins une compétence pour les contestations antérieures à la saisine de l'Administration. Ainsi, si le contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi échappe désormais au juge judiciaire, il devrait rester en revanche compétent pour apprécier l'existence même de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi c'est-à-dire pour caractériser l'existence d'un projet tendant à rompre au moins dix contrats de travail sur une période de trente jours dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, qu'il s'agisse d'apprécier les seuils d'effectifs, le nombre de salariés concernés ou les ruptures à prendre en compte². Les représentants du personnel devraient en effet pouvoir saisir le tribunal de grande instance pour qu'il enjoigne à l'employeur de respecter les dispositions relatives aux grands licenciements collectifs, si, en dépit de ses obligations légales, un employeur mettait en œuvre un projet de grand licenciement collectif sans respecter la procédure d'information/consultation des représentants du personnel et sans saisir l'Administration du travail de son projet. De même, le juge judiciaire devrait rester compétent pour les litiges

¹ G. COUTURIER, art. préc. ; R. VATINET, art. préc. ; P. DE ROZEC, art. préc.

²En ce sens également, R. VATINET, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc. ; P. MORAVN, note sous TGI Créteil, préc.

relatifs à l'exécution du plan de sauvegarde de l'emploi bien que l'administration du travail soit associée au suivi de sa mise en œuvre¹.

494. Par ailleurs, le conseil de prud'hommes devrait être compétent pour statuer sur les demandes d'annulation d'un licenciement prononcé en l'absence de décision de validation ou d'homologation administrative, ou malgré une décision de refus, ainsi que pour les demandes consécutives à l'annulation par le juge administratif d'une décision d'homologation/validation du projet de licenciement collectif. À ce titre, au vu de l'interprétation extrêmement restrictive, voire *contra legem*, retenue par la Cour de cassation des dispositions de l'article L. 1235-7 du Code du travail relatives à la prescription annale des actions en contestation de la régularité et/ou de la validité du licenciement², il semble que le champ d'application de cette prescription soit désormais circonscrit à la saisine du conseil de prud'hommes de demandes d'annulation d'un licenciement prononcé en l'absence de décision de validation ou d'homologation administrative ou malgré une décision de refus, ou encore à la suite de l'annulation par le juge administratif de la décision d'homologation/validation du fait de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi.

Si les actions relatives aux conséquences de l'annulation par le juge administratif de la décision d'homologation/validation fondée sur un motif étranger au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi devraient relever également de la compétence du conseil des prud'hommes, elles ne devraient pour leur part pas être soumises à la prescription annale de l'article L. 1235-7 du Code du travail, mais à la prescription biennale de droit commun instaurée par la loi de sécurisation de l'emploi³. En effet, dans la mesure où l'annulation de la décision d'homologation/validation pour un motif étranger au plan de sauvegarde de l'emploi

¹ Art. L. 1233-63, C. trav.

² En effet, L'article L. 1235-7 du Code du travail prévoit que les actions en contestation de la « régularité » ou de la « validité » du licenciement se prescrivent par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise, ou, en cas d'action intentée par le salarié dans le cadre de son droit individuel à contester la « régularité » ou la « validité » de son licenciement, à compter de la notification de ce dernier, à la stricte condition que la lettre de licenciement mentionne ce délai de prescription. La rédaction de ce texte visant « toute contestation » relative à la « régularité » ainsi qu'à la « validité » du licenciement semblait ainsi soumettre à la prescription annale toutes les actions portant sur un licenciement pour motif économique à la seule exception de la contestation de la cause réelle et sérieuse qui concerne pour sa part la justification du licenciement, non sa régularité ou sa validité. Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013, la Cour de cassation a interprété ce texte de manière bien plus restrictive, voire *contra legem*, en décidant que **la prescription annale ne s'appliquait qu'aux contestations de nature à entraîner la nullité de la procédure de licenciement collectif** pour motif économique. Cass. soc., 15 juin 2010, Bull. civ. V, n° 134 ; RDT 2010, p. 512, obs. A. FABRE ; Dr. soc. 2010, p. 996, obs. G. COUTURIER ; JCP S 2010, 1413, obs. P. MORVAN ; Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-72.674, inédit ; Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 09-42.793, inédit.

³ La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a introduit dans le Code du travail un article L. 1471-1 qui soumet les contestations relatives à la rupture du contrat de travail à une prescription biennale.

ne porte pas atteinte à sa « *validité* » et où la Cour de cassation devrait conserver son interprétation restrictive de l'article L. 1235-7 du Code du travail, de telles actions devraient échapper à la prescription annale. Il convient tout de même d'attendre une confirmation jurisprudentielle sur cette question.

495. Par ailleurs, le conseil de prud'hommes conserve sa compétence s'agissant des aspects individuels du licenciement, étant précisé qu'en ce domaine, bien qu'un auteur ait pu écrire que le contrôle par le juge administratif de la « *légalité des décisions administratives* est le miroir des obligations mises à la charge de l'administration à qui il incombe de procéder aux vérifications prévues par les articles L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3 » du Code du travail¹, il s'avère que le reflet dans le miroir est flou². Certains éléments du projet de licenciement collectif ont beau être compris dans l'instruction des demandes d'homologation et/ou de validation par de l'Administration, la mise en œuvre individuelle de certains aspects contrôlés par l'Administration relèvera du contrôle du juge judiciaire. Dans la mesure où elle ne se prononce que sur la légalité des critères retenus pour l'ordre des licenciements, leur éventuelle pondération et la possible adaptation de leur champ d'application, la contestation relative à la mise en œuvre de l'ordre des licenciements devrait continuer à relever de la compétence du conseil de prud'hommes.

De même, le conseil de prud'hommes reste compétent pour se prononcer sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse fondant le licenciement et à ce titre sur le respect par l'employeur des obligations d'adaptation et de reclassement préalables au licenciement prévues par l'article L. 1233-4 du Code du travail, étant rappelé que l'accord majoritaire ou le document unilatéral validé/homologué par l'Administration peut porter sur « *les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1* » du Code du travail³. Si des interférences sont à craindre⁴, en réalité à l'instar de « l'éclatement du contentieux » relatif à l'ordre des licenciements, l'Administration, sous le contrôle du juge administratif, se prononce sur les modalités « collectives » de reclassement et d'adaptation prévues par le projet de licenciement collectif conventionnel ou unilatéral, tandis que le conseil de prud'hommes sera appelé à s'assurer du

¹ Y. STRUILLOU, art. préc.

² En ce sens également, G. COUTURIER, art. préc.

³ Art. L. 1233-24-2, 5°, C. trav. ; art. L. 1233-24-4, C. trav.

⁴ En ce sens, G. COUTURIER, art. préc.

respect par l'employeur de la mise en œuvre individuelle de son obligation d'adaptation et de reclassement préalable au licenciement du salarié qui l'aura saisi d'une contestation à ce titre.

496. Si le thème de la déjudiciarisation de la procédure de grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins a été très présent lors des débats relatifs à la réforme de ces procédures, en réalité il n'y a pas de réel effacement du juge puisque d'un seul juge compétent auparavant en la matière, il y en a désormais deux... Toutefois, la volonté, notamment des organisations patronales, de soustraire au contrôle du juge judiciaire le contentieux des procédures de grands licenciements collectifs soumises à l'exigence d'un plan de sauvegarde de l'emploi a bien été mise en œuvre par la loi de sécurisation de l'emploi, puisque le juge judiciaire ne conserve qu'une compétence résiduelle en la matière, principalement réduite aux seuls aspects individuels de la mise en œuvre du projet.

Faute d'emprise sur les décisions de restructuration arrêtées par les dirigeants d'entreprise selon des logiques économiques et financières qui lui échappent et à son impuissance à les remettre en cause, le droit social soumet la décision de la direction d'une entreprise de cinquante salariés au moins de prononcer un grand licenciement collectif à un strict contrôle. Les représentants du personnel sont ainsi appelés à contrôler le projet sous ses divers aspects afin que soient pris en compte les intérêts des salariés. Le comité d'entreprise est à ce titre investi non seulement d'une mission de contrôle des aspects économiques du projet et peut proposer des projets de restructuration alternatifs à celui retenu par l'employeur mais il dispose également d'un pouvoir de contrôle et de suggestion relatif aux mesures sociales d'accompagnement prévues dans le plan de sauvegarde de l'emploi aux fins d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre et de favoriser le reclassement des salariés dont le licenciement est inéluctable. Pour sa part, le CHSCT est appelé à s'assurer que les répercussions du projet sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés ont bien été prises en compte par l'employeur et qu'il a prévu des mesures tendant à préserver autant que faire se peut la santé physique et mentale et la sécurité des salariés lors de la mise en œuvre de la restructuration destructrice d'emploi.

Enfin, et surtout les projets de grands licenciements collectifs décidés dans les entreprises de cinquante salariés au moins sont soumis au contrôle de l'Administration du travail qui doit s'assurer non seulement que les prérogatives des représentants du personnel ont été respectées, qu'un réel dialogue social a eu lieu dans l'entreprise pour permettre la

participation des salariés à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs délégués, mais également que l'employeur a élaboré un plan de sauvegarde de l'emploi de nature à réellement réduire le nombre des ruptures projetées et à favoriser le reclassement tant interne qu'externe des salariés menacés de licenciement. Dans une certaine mesure, la loi de sécurisation de l'emploi a renforcé le contrôle des décisions de procéder à un grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins en ce que, sauf à avoir reçu l'onction des pouvoirs publics par le biais de l'homologation ou de la validation administrative du projet, les licenciements ne peuvent avoir lieu.

Si le contrôle des décisions de prononcer un grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins a été dans une certaine mesure renforcé par la réforme de 2013, le contrôle des décisions de restructurations consistant à fermer un établissement induisant des licenciements l'est encore davantage.

Sous-section II - Le contrôle des décisions de licenciement consécutives à un projet de fermeture d'établissement.

497. Le 24 février 2012, François HOLLANDE, alors candidat à l'élection présidentielle en visite à Florange sur le site emblématique d'*ArcelorMittal* menacé de fermeture en dépit de la rentabilité de son activité, s'engageait à faire voter une loi obligeant « une grande firme [qui] ne veut plus d'une unité de production, mais ne veut pas non plus la céder, [à le faire] pour que des repreneurs viennent et puissent donner une activité supplémentaire ». Cette promesse dont l'écho médiatique fut retentissant, donna d'abord lieu, quatre jours plus tard, au dépôt d'une proposition de loi destinée à « *garantir la poursuite de l'activité des établissements viables notamment lorsqu'ils sont laissés à l'abandon par leur exploitant* »¹. Aux termes de cette proposition, toute entreprise *in bonis* projetant de cesser l'exploitation d'un site ou d'une activité, était tenue d'en informer le Président du tribunal de

¹ Proposition de loi n°4412 tendant à garantir la poursuite de l'activité des établissements viables notamment lorsqu'ils sont laissés à l'abandon par leur exploitant, déposée à l'Assemblée nationale le 28 février 2012 par François HOLLANDE, Jean-Marc AYRAULT, Alain ROUSSET, Aurélie FILIPPETTI, Jérôme CAHUZAC, Laurent FABIUS, Arnaud MONTEBOURG, Alain VIDALIES, Michel LIEBGOTT, François LONCLE, François BROTTES, George PAU-LANGEVIN, Gérard CHARASSE, Christian HUTIN et les membres du groupe socialiste, radical, citoyen et divers gauche et apparentés, consultable à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion4412.asp>.

commerce, qui devait alors désigner un mandataire chargé de rechercher d'éventuels repreneurs en collaboration avec l'entreprise. Celle-ci devait examiner de bonne foi l'ensemble des offres de reprise présentées. Lorsque l'entreprise refusait de retenir une offre considérée par le mandataire comme pertinente, au regard de sa capacité à assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et de l'adéquation du prix de rachat proposé à sa valeur économique, le tribunal de commerce pouvait ordonner la cession du site ou de l'activité¹. Cette proposition, qui n'eut pas le temps d'être examinée avant l'élection présidentielle, aurait vraisemblablement été censurée par le Conseil constitutionnel au nom de l'atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre qu'il protège farouchement

En application de l'article L. 1 du Code du travail, après avoir réuni les partenaires sociaux lors de la grande conférence sociale de juillet 2012, le nouveau Gouvernement leur confia le soin « *d'apporter une réponse aux situations dans lesquelles une entreprise qui envisage de fermer un site refuserait de considérer favorablement l'offre valable d'un repreneur assurant la pérennité de tout ou partie des emplois.* »². Si l'article 12-6 de l'ANI du 11 janvier 2013 n'apporta pas vraiment la réponse attendue³, la loi du 14 juin 2014 consacra toutefois le dispositif conventionnel, en introduisant dans le Code du travail l'article L. 1233-90-1 imposant à certaines entreprises envisageant de prononcer un licenciement collectif dans le cadre d'un projet de fermeture d'un établissement, de rechercher un repreneur et d'informer/consulter le comité d'entreprise sur le processus de recherche⁴. Il n'était dès lors plus question de contraindre le chef d'une entreprise à céder un site, mais seulement de l'obliger à explorer d'éventuelles possibilités de rachat de l'établissement, sans qu'aucun contrôle ni sanction relatifs à cette obligation ne soient prévus⁵. C'est sans doute la raison pour laquelle avant même que la loi de sécurisation de l'emploi ne soit promulguée⁶, fut déposée au Parlement une proposition de loi tendant à renforcer cette obligation et le rôle du

¹ Proposition de loi n° 4412, préc.

² Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, « Document d'orientation négociation nationale interprofessionnelle pour une meilleure sécurisation de l'emploi », 7 sept. 2012.

³ ANI du 11 janv. 2013, préc.

⁴ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., sur la recherche d'un repreneur sous l'empire de l'article L. 1233-90-1 du Code du travail, V. F. GÉA, « L'obligation de rechercher un repreneur en cas de fermeture de site », Dr. soc. 2013, p. 827 ; P. ROUSSEL GALLE et S. VERNAC, « Sites et établissements : maintenir plutôt que fermer ? », RDT 2013, p. 233.

⁵ F. GÉA, art. préc.

⁶ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

comité d'entreprise dans le processus de recherche d'un repreneur¹, soumis au contrôle du tribunal de commerce.

Au terme de travaux parlementaires assez longs, fut finalement adoptée la loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle², dite « loi Florange », qui renforça l'obligation de rechercher un repreneur en cas de fermeture de site. Initialement, le texte adopté par les parlementaires assortissait d'une sanction comminatoire le non-respect de l'obligation de rechercher un repreneur, ou le rejet d'une offre de reprise sérieuse sans motif légitime. Dans une décision vivement critiquée, le Conseil constitutionnel déclara inconstitutionnelles certaines dispositions relatives au contrôle effectué par le tribunal de commerce, et censura également la faculté qui lui était accordée de prononcer une pénalité financière pouvant aller jusqu'à vingt fois le montant mensuel du SMIC par emploi supprimé à l'encontre d'une entreprise qui n'aurait pas recherché de repreneur conformément aux dispositions légales ou ayant refusé, sans motif légitime, une offre de rachat sérieuse,³.

498. À la suite de la censure constitutionnelle, le contrôle effectué par le tribunal de commerce perdit beaucoup de son intérêt et fût finalement abrogé par la loi du 31 juillet 2014⁴, qui confia à la DIRECCTE le soin de s'assurer du respect par l'employeur de l'obligation de rechercher un repreneur avant de fermer un établissement impliquant le

¹ Proposition de loi n° 1037 « visant à redonner des perspectives à l'économie réelle et à l'emploi industriel » déposée à l'Assemblée nationale le 15 mai 2013, qui après d'importantes modifications, sera finalement adoptée et promulguée le 29 mars 2014, sous le titre de « Loi visant à reconquérir l'économie réelle ». Sur la proposition initiale, V. F.-X. LUCAS, « Commentaire de la proposition de loi du 15 mai 2013 visant à redonner des perspectives à l'économie réelle et à l'emploi industriel », Bull. Joly sociétés 2013, p. 499.

² Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, JO du 1^{er} avril 2014, p. 6227 ; sur cette loi V. G. NOTTE, « Loi « Florange » n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle », JCP E 2014, act. 269 ; R. DALMASSO, « Le désamorçage de l'obligation de recherche d'un repreneur – Libres propos après la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014 », SSL, 214, n° 1625 ; R. DUPIRE et D. CHATARD, « Fermeture d'un établissement et recherche d'un repreneur », JCP S 2014, 1194 ; C. WILLMANN, « Recherche d'un repreneur en cas de fermeture d'un site : une nouvelle obligation, au champ d'application très restreint, et pratiquement pas sanctionnée », Lexbase hebdo, éd. soc. 2014, n° 566, N° LXB : N1715BU3.

³ Cons. const., déc. n° 2014-692, du 27 mars 2014, JO du 1^{er} avr. 2014, p. 6232, sur cette décision V. P.-A. ANTONMATTEI, « L'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement : censure partielle du Conseil constitutionnel », Dr. soc. 2014, p. 574, C. RADÉ, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la liberté d'entreprendre (à propos de la décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, Loi visant à reconquérir l'économie réelle) », Lexbase hebdo, éd. soc. 2014, n° 566, N° LXB : N1701BUK ; pour des critiques virulentes de cette décision V. T. SACHS et S. VERNAC, « La fondamentalisation d'un ordre libéral – À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014, loi sur la reconquête de l'économie réelle », RDT 2014, p. 528 ; A. FABRE, « La promesse présidentielle de « Florange » à l'épreuve du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre », Constitutions 2014, p. 204 ; J.-P. CHAZAL, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », D. 2014, p. 1101, pour un avis contraire et une critique virulente de ce article V. L. D'AVOUT, « La liberté d'entreprendre eu bûcher ? – Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », D. 2014, p. 1287, sur la réponse de J.-P. CHAZAL à L. D'AVOUT, V. J.-P. CHAZAL, « Réponse d'un faux « politiste » à un vrai juriste », consultable à l'adresse suivante http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/140610_Reponse%20faux%20politiste.pdf.

⁴ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, relative à l'économie sociale et solidaire, JO du 1^{er} août 2014, p. 12666.

prononcé d'un licenciement collectif, dans le cadre de l'instruction de la demande d'homologation/validation du projet de licenciement¹.

Ainsi, lorsqu'elles envisagent la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif, certaines entreprises (§ 1) doivent rechercher un repreneur éventuel pour assurer le maintien des emplois et de l'activité, procédure à laquelle le comité d'entreprise est associé (§ 2) et qui est soumise à un contrôle et à des sanctions distincts, selon la loi sous l'empire de laquelle la procédure a été engagée (§ 3).

§ 1 – Le champ d'application de l'obligation de rechercher un repreneur.

499. Entreprises concernées. Que ce soit sous l'empire de la loi du 14 juin 2013 ou de celle du 29 mars 2014, les entreprises tenues de procéder à la recherche d'un repreneur lorsqu'elles projettent la fermeture d'un établissement impliquant une compression d'effectifs sont les mêmes. Ainsi, sont soumises aux dispositions relatives à l'obligation de rechercher un repreneur en application des articles L. 1233-57-9 et suivants du Code du travail², les entreprises occupant au moins mille salariés, ainsi que celles appartenant à un groupe tenu de mettre en place un comité de groupe³, si l'effectif cumulé des sociétés du groupe est au moins égal à mille salariés, que ces derniers travaillent en France ou à l'étranger⁴. De même, sont assujettis à l'obligation de rechercher un cessionnaire lorsqu'ils envisagent de fermer un établissement les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire, tenus d'instituer un comité d'entreprise européen⁵, employant au moins mille salariés⁶. Sont en revanche exclues du dispositif toutes les entreprises à l'encontre desquelles est ouverte une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, peu important leur taille⁷.

¹ Art. L. 1233-57-2, 4°, et L. 1233-57-3 C. trav.

² Ou de l'article L. 1233-90-1 du Code du travail s'agissant des procédures relatives à des projets de fermeture d'un établissement impliquant un licenciement collectif, engagées entre le 1^{er} juillet 2013 et le 1^{er} avril 2014 (date de la convocation à la première réunion du comité).

³ Art. L. 2331-1, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-71, C. trav.

⁵ Art. L. 2341-4, C. trav.

⁶ Art. L. 1233-71, C. trav.

⁷ Art. L. 1233-75, C. trav.

500. Projets imposant la recherche d'un repreneur. L'employeur est tenu de rechercher un repreneur lorsqu'il envisage « *la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif* »¹. Si l'article L. 1233-57-9 du Code du travail vise simplement « *un licenciement collectif* », il semble toutefois que seule la fermeture d'un établissement susceptible d'entraîner un projet de grand licenciement collectif (au moins dix licenciements sur une période de trente jours) impose le respect de la procédure de recherche d'un repreneur prévue à la section 4 *bis* du Chapitre du Code du travail relatif au licenciement pour motif économique. En effet, nombre des obligations et des droits qu'elle instaure doivent être exécutés/exercés dans les délais de l'article L. 1233-30 du Code du travail, siège de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur les projets de grand licenciement collectif envisagés dans les entreprises de cinquante salariés au moins.

Cette analyse est confirmée par le fait que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 juillet 2014², lorsqu'est envisagée la fermeture d'un établissement induisant un licenciement collectif, le respect de l'obligation de rechercher un repreneur est confié à la DIRECCTE dans le cadre de l'instruction de la demande d'homologation/validation du projet de grand licenciement collectif, imposant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi³.

501. L'article L. 1233-57-9 du Code du travail fait référence à l'existence d'un projet de fermeture d'établissement, sans autre précision, laissant ainsi planer un doute sur la notion d'« établissement » (qui est relative et fonctionnelle) visée. S'agit-il de l'entité économique autonome définie pour l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, de l'établissement distinct défini pour la mise en place de la représentation du personnel, ou encore de l'établissement qui doit être immatriculé au registre du commerce et des sociétés en application de l'article R. 123-67 du Code de commerce⁴? S'il semble que ces trois définitions puissent être mobilisées, la dernière semble, à notre sens, être la plus pertinente s'agissant de l'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'établissement.

Si Philippe ROUSSEL GALLE estime que devrait être retenue la définition appliquée pour les cessions partielles ordonnées dans le cadre d'une procédure collective, *id est* « un

¹ Art. L. 1233-57-9, C. trav.

² *Id est* le 2 août 2014, Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, préc.

³ Art. L. 1233-57-2, C. trav. (validation d'un accord majoritaire) et L. 1233-57-3, C. trav. (homologation d'un document unilatéral) du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi n° 2014-856 du 31 juil. 2014, préc.

⁴ Sur ce doute, V. ROUSSEL-GALLE, *in* P. ROUSSEL GALLE et S. VERNAC, art. préc. ; C. WILLMANN, art. préc.

ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités »¹, il ne semble pas pour autant que cette entité, qui peut correspondre seulement à un atelier, une activité ou un service (maintenance informatique, comptabilité, etc.), soit celle visée par le législateur pour l'application des articles L. 1233-57-9 et suivants du Code du travail, puisqu'il est question de « fermer » un établissement et non pas de « cesser d'exploiter » une activité. À notre sens, la dimension physique de l'établissement entre en ligne de compte, ce qui nous amène à privilégier la notion d'établissement au sens de l'article R. 123-67 du Code de commerce qui était d'ailleurs initialement visée dans le projet rédigé par le Ministre du redressement productif². De surcroît, la proposition de loi originelle, qui ne vit jamais le jour, visait la notion de « site » à l'instar de l'ANI du 11 janvier 2013³, ce qui nous conduit à considérer que l'employeur devrait être tenu de procéder à la recherche d'un repreneur seulement lorsqu'il envisage de fermer un établissement « dans son ensemble », ce qui devrait correspondre le plus souvent à un établissement distinct, au sens de la représentation du personnel.

Par ailleurs, si l'ANI du 11 janvier 2013 envisageait l'application de la procédure de recherche d'un repreneur aux projets de fermeture d'une filiale, *id est* d'une société dotée de la personnalité juridique, il ne semble pas que le chef d'une entreprise membre d'un groupe que la direction aurait décidé de fermer, soit tenu de rechercher un repreneur. Il conviendra toutefois d'attendre une prise de position claire de la jurisprudence sur la notion d'établissement à retenir pour l'application des articles L. 1233-57-9 et suivants du Code du travail.

502. Seule la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence d'entraîner un licenciement collectif impose la recherche d'un repreneur, à l'exclusion de la fermeture d'un site entraînant un redéploiement de son activité dans d'autres établissements de l'entreprise. Toutefois, lorsqu'un tel redéploiement implique une modification des contrats des salariés, par exemple parce qu'est envisagée leur mutation vers un ou plusieurs autres établissements situés hors du secteur géographique d'implantation de l'établissement menacé, si au moins dix d'entre eux refusent la modification, l'employeur envisagera alors la mise en œuvre d'un

¹ Art. L. 642-1, C. com.

² Ce qui est d'ailleurs confirmé également par le fait qu'initialement il était question d'imposer la recherche d'un repreneur en cas de projet de fermeture d'un site « rentable », la référence ayant à la rentabilité du site ayant finalement disparu ce qui apparaît bienvenu ; en ce sens, R. DUPIRE et D. CHATARD, art. préc.

³ ANI du 11 janv. 2013, préc.

grand licenciement collectif¹. Il devrait dès lors vraisemblablement être tenu de respecter l'obligation de rechercher un repreneur, sauf à renoncer à son projet de redéploiement. De même, il semblerait que l'employeur ne devrait pas être contraint de respecter les dispositions des articles L. 1233-57-9 et suivants du Code du travail si son projet de fermeture d'établissement repose un plan de départs volontaires, excluant le prononcé de licenciements si tous les salariés de l'établissement n'étaient pas « volontaires » au départ. Il convient toutefois d'attendre une confirmation jurisprudentielle en ce sens.

Lorsque son projet est justiciable de l'article L. 1233-57-9 du Code du travail, dont le périmètre d'application, pour l'heure relativement flou, devra être précisé par la jurisprudence, l'employeur est tenu de rechercher un repreneur éventuel de l'établissement menacé de fermeture.

§ 2 – L'obligation de rechercher un repreneur susceptible de racheter l'établissement menacé

Dès lors qu'est envisagée la fermeture d'un établissement susceptible d'entraîner un licenciement collectif, l'information relative à ce projet doit être au préalable communiquée aux représentants du personnel, à la DIRECCTE et à certains élus (A), avant que l'employeur ne commence effectivement à rechercher un repreneur avec le concours éventuel, ou sous le regard, du comité d'entreprise (B). Le chef d'entreprise étant libre de décider de céder ou non l'établissement, la procédure de recherche d'un repreneur se clôturera soit par l'acceptation d'une offre de cession, soit par la mise en œuvre du projet de fermeture et du licenciement collectif (C).

¹ Art. L. 1233-25, C. trav. Sur le champ d'application de la procédure de grand licenciement collectif imposant la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi

A – Les obligations d’information préalable à la recherche d’un repreneur.

503. Information des représentants du personnel. Lorsqu’il envisage de fermer un établissement et que cette restructuration est susceptible d’entraîner un licenciement collectif, l’employeur est tenu de réunir et d’informer le comité sur cette intention, au plus tard à l’ouverture de la procédure d’information/consultation du comité, relative au projet de restructuration, de compression des effectifs et de grand licenciement collectif prévue à l’article L. 1233-30 du Code du travail¹. Il doit à ce titre lui communiquer tous les renseignements utiles afférents au projet, parmi lesquels ses raisons économiques, financières ou techniques², informations qui doivent également lui être fournies au titre de sa consultation sur le projet de licenciement collectif³. Toutefois, dans la mesure où la procédure d’information/consultation sur le projet de restructuration et de compression des effectifs⁴, celle sur le projet de licenciement collectif⁵ et celle relative au projet de fermeture de l’établissement imposant à l’employeur de rechercher un repreneur sont indépendantes, l’employeur doit les respecter toutes les trois et transmettre au comité les informations afférentes à chacune d’entre elles⁶. Il lui appartient au surplus d’informer le comité sur les actions qu’il envisage de mettre en œuvre pour trouver un repreneur, et sur la faculté offerte aux salariés de déposer une offre de reprise, notamment en constituant une société coopérative ouvrière de production⁷. Dans les entreprises à structure complexe, l’employeur réunit et informe le comité central d’entreprise et le(s) comité(s) d’établissement concerné(s) lorsque le projet porte sur plusieurs établissements ou qu’il excède les pouvoirs accordés au chef d’établissement⁸, ce qui sera vraisemblablement le cas le plus souvent, rares étant les chefs d’établissement habilités à décider de fermer le site.

504. Information de l’Administration du travail. L’employeur doit également informer sans délai la DIRECCTE de son projet de fermeture induisant le prononcé d’un licenciement collectif, et lui transmettre l’ensemble des documents communiqués au comité

¹ Art. L. 1233-57-9, C. trav.

² Art. L. 1233-57-10, 1°, C. trav.

³ Art. L. 1233-31, C. trav.

⁴ Art. L. 2323-15, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-30, C. trav.

⁶ Sur l’articulation de ces procédures

⁷ Art. L. 1233-57-10, 2° et 3°, C. trav.

⁸ Art. L. 1233-57-11, C. trav.

ainsi que le procès verbal de sa réunion relative audit projet¹. À la différence du rôle essentiel qui lui est attribué tout au long la procédure de grand licenciement collectif, aucune mission spécifique n'est confiée à la DIRECCTE au cours du processus de recherche d'un repreneur. Si cette « mise à l'écart » de l'Administration du travail est relativement compréhensible pour les procédures soumises à la loi du 29 mars 2014², puisque le contrôle du respect de cette procédure est confié au tribunal de commerce, elle est plus difficile à comprendre dans les autres hypothèses dans lesquelles ce contrôle relève de la compétence de la DIRECCTE³.

505. Information des élus locaux. Outre les représentants du personnel et la DIRECCTE, l'employeur doit également porter son projet à la connaissance du maire de la commune dans laquelle est situé l'établissement menacé⁴. Par ailleurs, aux termes de l'article L. 1233-57-13 du Code du travail, une fois que le projet de fermeture lui a été notifié, la DIRECCTE doit en informer les « élus concernés », sans autre précision. Sans doute devra-t-elle contacter outre le maire, les élus de la communauté de communes éventuellement concernée ou les conseillers généraux ou régionaux, si le projet de fermeture de l'établissement et de licenciement est de nature à entraîner des répercussions au niveau du département ou de la région. À ce titre, les actions mises en œuvres par l'employeur pour rechercher un repreneur afin d'éviter la fermeture de l'établissement et les licenciements y afférents, sont prises en compte dans la convention de revitalisation éventuellement conclue entre l'entreprise et le préfet⁵.

Une fois ces informations délivrées, l'employeur doit respecter la procédure de recherche d'un repreneur telle que définie par les articles L. 1233-57-14 et suivants du Code du travail.

¹ Art. L. 1233-57-12, C. trav.

² Loi n° 2014-856, du 29 mars 2014, préc.

³ Sur le contrôle du respect par l'employeur de l'obligation de rechercher un repreneur

⁴ Art. L. 1233-57-13, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-57-21, C. trav. Sur la revitalisation des bassins d'emploi.

B - La procédure de recherche d'un repreneur.

Lorsqu'il envisage de fermer un établissement induisant le prononcé d'un grand licenciement collectif, l'employeur doit rechercher un repreneur. Pour ce faire, il lui appartient d'informer les repreneurs éventuels, d'étudier les offres de reprises éventuellement reçues (1) et d'associer les représentants du personnel à cette recherche (2).

1 - L'information des repreneurs éventuels.

506. Information des repreneurs potentiels de la « mise en vente » de l'établissement. Après avoir informé le comité d'entreprise et l'Administration du travail de son projet de fermer un établissement, l'employeur doit rechercher un repreneur. Aux termes de l'article L. 1233-57-14 du Code du travail, il doit pour ce faire informer « *par tout moyen approprié, les repreneurs potentiels de son intention de céder l'établissement* », formule pour le moins ironique dans la mesure où l'intention initiale de l'employeur est de fermer l'établissement, pas de le céder. On peut regretter l'imprécision et le laconisme de cette disposition qui ne précise ni qui sont les « *repreneurs potentiels* », ni quels sont les moyens appropriés pour les informer de la possibilité de racheter l'établissement qu'il envisage de fermer... Dès lors, que faut-il entendre par « *repreneurs potentiels* »? Sont-ce uniquement les entreprises concurrentes ou toute personne physique ou morale susceptible d'être intéressée par l'établissement que l'employeur envisage de fermer? L'employeur est-il tenu de diffuser l'information relative à la mise en vente de l'établissement auprès de la Chambre de Commerce et d'Industrie, de ses fournisseurs et/ou sous-traitants, des services économiques des collectivités locales ou de tout autre partenaire susceptible de connaître des candidats potentiels à la reprise d'entreprise pour pouvoir les informer par la suite? L'employeur doit-il demander au préfet du département dans lequel est implanté l'établissement si des conventions de revitalisation du bassin d'emploi ont été conclues et, si tel est le cas, contacter les entreprises signataires pour leur proposer de reprendre le site qu'il envisage de fermer? Peut-il limiter ses recherches aux seuls repreneurs potentiels implantés en France ou doit-il les étendre à d'éventuels investisseurs étrangers? Autant de questions qu'il appartiendra à la jurisprudence de trancher.

507. Par ailleurs, quels moyens appropriés l'employeur doit-il utiliser pour informer les repreneurs potentiels de la possibilité de déposer une offre de reprise de l'établissement ? L'employeur doit-il adresser un courrier à toutes les entreprises susceptibles d'être intéressées par l'acquisition de l'établissement, ou faire paraître l'offre de vente de l'établissement dans un journal d'annonce légales, voire dans les journaux locaux ou spécialisés dans la transmission d'entreprise, ou encore dans les revues professionnelles relatives à l'activité de l'établissement ? Ces questions sont loin d'être anodines dans la mesure où l'obligation de rechercher un repreneur étant une obligation de moyens, il est essentiel que soit définie l'étendue des diligences que l'employeur doit accomplir pour satisfaire cette obligation.

À ce titre, il convient de préciser que la diffusion auprès des repreneurs potentiels de la « mise en vente » de l'établissement menacé de fermeture dans le cadre de l'article L. 1233-57-14 du Code du travail consiste davantage à indiquer aux éventuels tiers intéressés l'existence d'une possibilité de reprise, qu'à promouvoir l'établissement et son activité afin de déclencher des « envies » de rachat de l'établissement¹ ; il s'agit d'information, pas de publicité.

508. Document de présentation de l'établissement. L'employeur doit établir un document présentant l'établissement² ; là encore, on ne peut que déplorer que la loi ne précise pas les éléments qu'il doit contenir. On peut supputer qu'il devra au minimum décrire l'activité de l'établissement, préciser le nombre salariés qu'il emploie, la masse salariale, le chiffre d'affaire réalisé par l'établissement, les moyens matériels qui lui sont affectés, etc. Il semble à ce titre que l'employeur devra réaliser une sorte d'inventaire des machines et équipements dont il évaluera le prix en fonction de leur éventuelle vétusté. De même, le document devra sans doute comporter des renseignements sur les taxes auxquelles est assujetti l'établissement, ses stocks et leur évaluation pécuniaire, ainsi que des indications relatives aux baux en cours relatifs aux locaux ou à certains équipements, etc. Il semble également pertinent que l'employeur indique dans l'annonce une fourchette de prix de vente de l'établissement.

¹ En ce sens, D. JONIN, art. préc

² Art. L. 1233-57-14, 2 C. trav.

509. Outre la réalisation éventuelle du bilan environnemental prévu à l'article L. 623-1 du Code de commerce¹, l'employeur devra tenir à la disposition des candidats à la reprise toutes les informations nécessaires à l'élaboration d'une offre de rachat, à l'exclusion de celles dont la divulgation serait préjudiciable à l'entreprise, réserve assurant ainsi le respect de la liberté d'entreprendre². La loi ne précisant guère quelles informations relatives à l'établissement l'employeur peut garder confidentielles, une grande latitude empreinte de subjectivité lui est donc laissée pour déterminer les renseignements qu'il transmet, ou non, aux candidats éventuels à la reprise. De ce point de vue, sans doute devrait-il pouvoir garder secret le portefeuille de clients de l'établissement. En tout état de cause, les repreneurs potentiels sont tenus par une obligation de confidentialité à l'égard des informations relatives à l'établissement³.

Si pour l'instant le contenu du document de présentation de l'établissement menacé de fermeture, à l'instar des médias de diffusion de l'information relative à sa mise en vente et de ses destinataires sont pour le moins flous, gageons que les juges apporteront des précisions sur les contours de l'obligation d'information des repreneurs éventuels. En tout état de cause, l'employeur devra examiner les offres de reprise reçues.

510. *Examen des offres de reprise.* Aux termes de l'article L. 1233-57-14, 5° et 6°, du Code du travail, l'employeur doit examiner toutes les offres de reprise qui lui sont transmises et y apporter une réponse motivée dans les délais prévus par l'article L. 1233-30 du Code du travail, qui, pour mémoire, varient entre deux et quatre mois selon l'ampleur du projet de licenciement⁴, sauf dispositions conventionnelles prévoyant des délais différents⁵. Dans les huit jours de leur réception, l'employeur est par ailleurs tenu de transmettre au comité d'entreprise les offres de reprise sur lesquelles celui-ci pourra émettre un avis dans les délais précités. La recherche d'un repreneur donne en effet lieu à une concertation avec le comité d'entreprise, dont les prérogatives en ce domaine ont été considérablement renforcées par la loi du 29 mars 2014⁶.

¹ Art. L. 1233-57-14, C. trav.

² Cons. const., déc. n° 2014-692, du 27 mars 2014, préc., cons. 11.

³ Art. L. 1233-57-14, 4 C. trav..

⁴ Art. L. 1233-30, C. trav.

⁵ Pour mémoire, un accord de méthode conclu en application de l'article L. 1233-21 du Code du travail ou un accord majoritaire portant *a minima* sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi conclu en application de l'article L. 1233-24-1 dudit code.

⁶ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, préc.

2 - L'implication du comité d'entreprise dans le processus de recherche d'un repreneur.

511. Recherche d'un repreneur en concertation avec le comité d'entreprise. Lorsque l'employeur envisage de fermer un établissement et que ce projet relève de l'application de l'article L. 1233-57-9 du Code du travail, le comité d'entreprise doit être informé et consulté sur le processus de recherche d'un repreneur. Tel était déjà le cas sous l'empire de la loi du 14 juin 2013¹. Toutefois, dorénavant le comité peut de surcroît décider de participer à la recherche d'un cessionnaire.

512. Si la section 4 *bis* du Chapitre du Code du travail relatif au licenciement pour motif économique ne contient aucune référence à la consultation du CHSCT ou de l'instance de coordination, ces derniers devront vraisemblablement être consultés au titre de l'article L. 4612-8 du Code du travail. En effet, il semble difficilement contestable qu'un projet de fermeture d'établissement accompagné d'un licenciement collectif constitue une « *décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail* », dans la mesure où la simple annonce de l'éventualité de la fermeture du site peut générer des risques psychosociaux, les salariés craignant de perdre leur emploi, de voir leurs revenus baisser dans un contexte économique et social source d'incertitude sur la possibilité de retrouver relativement rapidement une activité professionnelle. Par ailleurs, le CHSCT ou l'instance de coordination pourront recourir à un expert agréé sur le fondement de l'article L. 4614-12-1 du Code du travail puisqu'un projet de fermeture d'établissement accompagné de licenciements pour motif économique est sans conteste un « *projet de restructuration et de compression des effectifs* ».

513. Information/consultation du comité d'entreprise. Comme c'était déjà le cas en application l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail, abrogé par la loi du 29 mars 2014², outre l'information/consultation relative au projet de fermeture de l'établissement³, une fois le processus de recherche d'un repreneur enclenché, le comité d'entreprise doit être informé des offres de reprise formalisées dans les huit jours de leur réception et peut émettre

¹ Art. L. 1233-90-1, C. trav., créé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc., abrogé par la loi n° 2014-384, du 29 mars 2014, préc.

² Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, préc.

³ Art. L. 1233-57-9, C. trav. et L. 1233-57-10, C. trav.

un avis dans les délais prévus de l'article L. 1233-30 du Code du travail¹. Les informations qui lui sont communiquées à propos des offres de reprise sont réputées confidentielles².

514. Participation du comité au processus de recherche d'un repreneur. Depuis l'entrée en vigueur de la loi « Florange » du 29 mars 2014, le comité d'entreprise peut décider de participer activement à la recherche d'un repreneur notamment en formulant des propositions de cession³. S'il décide de prendre part au processus de recherche d'un repreneur, l'employeur doit donner accès aux représentants du personnel aux informations transmises aux candidats potentiels et leur communiquer les réponses apportées aux offres de reprise présentées⁴. Si l'employeur n'est pas tenu de délivrer aux candidats potentiels à la reprise des informations qui, bien que nécessaires à la formulation d'offres de rachat, seraient susceptibles d'être préjudiciables à l'entreprise⁵, il n'est pas à exclure que le comité d'entreprise puisse réclamer pour sa part la communication desdites informations. Si l'employeur est légalement exonéré de divulguer certaines informations sensibles à des personnes extérieures à l'entreprise, il pourrait en revanche être contraint de les transmettre aux représentants du personnel, tenus de respecter la confidentialité de ces informations sensibles. Il conviendra tout de même d'attendre une prise de position claire de la jurisprudence sur l'étendue des informations que l'employeur doit délivrer au comité lorsque celui-ci décide de prendre part au processus de recherche d'un repreneur.

515. Un contentieux sur cette question semble en effet envisageable, étant précisé que ni la loi de 2013⁶, ni celles de 2014⁷ n'ont prévu de dispositions spécifiques aux litiges relatifs au déroulé de la procédure d'information/consultation du comité sur la recherche d'un repreneur lorsque la procédure est en cours ; celle de 2013 n'ayant de surcroît aucunement prévu de contrôle du respect de l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail, une fois la procédure achevée. Si, une fois clôturée, tout contentieux afférent à la procédure de recherche d'un repreneur relève du tribunal de commerce, lorsqu'elle est soumise à la loi du 29 mars 2014⁸, ou du juge administratif lorsque s'applique la loi du 31 juillet 2014¹, aucun article du

¹ Art. L. 1233-57-15, C. trav.

² Art. L. 1233-57-15, C. trav.

³ Art. L. 1233-57-15 et L. 1233-57-16, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-57-16, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-57-16, C. trav.

⁶ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁷ Loi n° 2014-384, du 29 mars 2014, préc. ; Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, préc.

⁸ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, préc.

Code du travail ne désigne expressément l'autorité compétente pour trancher un litige relatif au processus de recherche de repreneur lorsqu'il est en cours.

Ainsi, à défaut de dispositions spéciales, le comité devrait pouvoir saisir le juge des référés pour qu'il ordonne à l'employeur de se conformer aux dispositions légales relatives à la recherche d'un repreneur, voire pour qu'il suspende la procédure d'information/consultation sur la recherche d'un repreneur, tant que l'employeur ne lui aura pas communiqué tous les éléments nécessaires à l'utilité de sa consultation ou à sa participation effective au processus de recherche. Des difficultés sont donc à prévoir dans la mesure où, bien qu'indépendante de la procédure d'information/consultation sur le projet de restructuration et de licenciement collectif², celle relative à la recherche d'un repreneur doit se dérouler dans les mêmes délais, qui sont prefix et donc insusceptibles de prorogation ou de suspension... Une solution, permettant d'éviter ces difficultés, serait de considérer que la généralité des termes de l'article L. 1233-57-5 du Code du travail autorise la saisine de la DIRECCTE d'une demande d'injonction de se conformer aux obligations relatives à l'information/consultation du comité sur la recherche d'un repreneur pour l'établissement menacé de fermeture.

Cet texte dispose en effet que « *Toute demande tendant, avant transmission de la demande de validation ou d'homologation, à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information relatifs à la procédure en cours ou de se conformer à une règle de procédure prévue par les textes législatifs, les conventions collectives ou un accord collectif est adressée à l'autorité administrative.* ». Certes, la procédure de recherche d'un repreneur ne relève pas de la section dans laquelle figure ce texte, mais dans la section suivante. De surcroît, les procédures de recherche d'un repreneur et d'information/consultation sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif sont indépendantes et l'article L. 1233-57-5 du Code du travail est initialement dédié à la seconde. Toutefois, dans la mesure où ce texte vise de manière très générale l'injonction de se conformer « *à une règle de procédure prévue par les textes législatifs* », on pourrait en retenir une interprétation extensive et considérer que la procédure d'information/consultation relative à la recherche d'un repreneur étant une « *règle de procédure prévue par un texte législatif* », la DIRECCTE pourrait être compétente en la matière. S'il semble que le juge des référés est compétent, sans doute la DIRECCTE, garante de la qualité du dialogue social relatif aux restructurations destructrices

¹ Loi n° 2014-856, du 31 juil. préc.

² Sur l'articulation de ces procédures.

d'emplois et impliquée dans l'élaboration du projet de licenciement devrait « régler » le différend et convaincre les parties de ne pas saisir le juge... Il convient d'attendre que soit clairement tranchée la question de la compétence judiciaire ou administrative en matière de contentieux afférent à la procédure d'information/consultation du comité sur le processus de recherche d'un repreneur, lorsque celle-ci est en cours.

516. *Recours à un expert.* Le comité d'entreprise peut décider de recourir à un expert rémunéré par l'entreprise pour qu'il analyse le processus de recherche d'un repreneur mis en place par l'employeur et les informations transmises aux repreneurs potentiels, mais aussi qu'il étudie les offres émises et qu'il assiste le comité dans l'élaboration de projets de rachat de l'établissement menacé¹. Si l'article L. 1233-57-17 du Code du travail inclut dans la mission de l'expert l'aide à la conception d'offres de reprise, il semble pour autant que le comité peut recourir à un expert, y compris s'il ne souhaite pas participer au processus de recherche d'un repreneur. La faculté de bénéficier de l'éclairage d'un expert était en effet déjà prévue par la loi du 14 juin 2013, alors même que sous l'empire de ce texte le comité ne pouvait prendre part au processus de recherche d'un cessionnaire².

L'expert doit rendre son rapport sur la recherche d'un repreneur dans les délais de l'article L. 1233-30 du Code du travail, alors que le rapport de l'expert éventuellement désigné pour assister le comité ou les organisations syndicales dans le cadre du projet de licenciement collectif doit pour sa part être remis quinze jours avant l'expiration de ces délais³. Par ailleurs, si le rapport de l'expert sur le projet de licenciement doit être transmis à la DIRECCTE en application de l'article L. 1233-50 du Code du travail, bien qu'elle soit informée du recours à un expert dans le cadre de la recherche d'un repreneur⁴, le rapport relatif à cette recherche ne lui est pas communiqué. Si cette différence peut se comprendre sous l'empire des dispositions de la loi du 29 mars 2014 puisque le contrôle de l'obligation de rechercher un cessionnaire est confié au tribunal de commerce⁵, elle est en revanche étonnante dans les hypothèses dans lesquelles ce contrôle est attribué à la DIRECCTE.

¹ Art. L. 1233-57-17, C. trav.

² En effet, l'article L. 1233-90-1, alinéa 2, C. trav. disposait ainsi que « *Le comité d'entreprise peut recourir à l'assistance de l'expert-comptable désigné, le cas échéant, en application de l'article L. 1233-34, pour analyser le processus de recherche d'un repreneur, sa méthodologie et son champ, pour apprécier les informations mises à la disposition des repreneurs potentiels et pour analyser les projets de reprise.* ».

³ Art. L. 1233-35, C. trav. ; sur la mission de l'expert dans le cadre de la procédure de grand licenciement collectif,

⁴ Art. L. 1233-57-17, C. trav.

⁵ Loi n° 2014-384, du 29 mars 2014, préc.

517. *Articulation de l'information/consultation relative à la recherche d'un repreneur et de la procédure relative au projet de licenciement collectif.* Le législateur n'a pas défini l'articulation des trois procédures d'information/consultation du comité d'entreprise légalement exigées en cas de projet de fermeture d'un établissement impliquant l'éventualité d'un grand licenciement collectif. En effet, dans ces circonstances, l'employeur doit consulter le comité sur le projet de fermeture d'établissement et de compression des effectifs au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail, mais aussi sur le projet de grand licenciement collectif en application de l'article L. 1233-30 dudit code, et enfin sur le processus de recherche d'un repreneur en vertu des articles L. 1233-57-15 et suivants du même code. La loi se borne à prévoir que la procédure relative à la recherche d'un repreneur doit être mise en œuvre au plus tard au commencement de la consultation du comité sur le projet de licenciement collectif¹ et qu'elle doit se dérouler en parallèle de cette dernière, les deux procédures ayant le même terme : l'échéance du délai prefix de l'article L. 1233-30 du Code du travail². Les deux procédures sont donc autonomes mais enserrées dans les mêmes délais, sauf lorsque l'employeur décide de céder l'établissement³.

518. L'utilité de la procédure de recherche d'un repreneur commande que l'employeur commence à la mettre en œuvre nettement en amont de celle relative au projet de licenciement afin de pouvoir réellement rechercher un repreneur et d'effectivement procéder à l'analyse des offres de reprise éventuellement soumises, puis qu'il n'engage la procédure de consultation sur le projet de licenciement collectif seulement lorsque l'éventualité d'une cession aura été écartée. Toutefois, rien n'oblige l'employeur à respecter cette chronologie. Il peut décider de consulter le comité sur le projet de fermeture et le processus de recherche d'un repreneur à l'ouverture de la procédure d'information/consultation relative au projet de restructuration et de compression des effectifs qu'il peut mener de front avec celle portant sur le projet de licenciement collectif⁴.

On peut d'ailleurs s'interroger sur la faculté de mener concomitamment ces trois consultations, d'autant plus que certaines des informations que l'employeur doit fournir au comité au titre du projet de fermeture sont identiques à celles qu'il doit lui communiquer au

¹ Art. L. 1233-57-9, C. trav.

² Art. L. 1233-57-20, C. trav.

³ Art. L. 1233-57-19, C. trav.

⁴ Sur l'articulation des procédures d'information/consultation du comité d'entreprise dédiées au projet de restructuration et de compression des effectifs et au projet de grand licenciement collectif

titre du projet de licenciement¹. Si rien ne semble *a priori* s'opposer à ce que l'employeur mène les trois consultations concomitamment, il est en revanche indispensable qu'il respecte chacune d'entre elles. Cela implique que la convocation du comité fasse apparaître trois ordres du jour distincts : un sur le projet de fermeture d'établissement induisant un licenciement collectif², un sur celui de restructuration et de compression des effectifs³ et un sur le projet de grand licenciement collectif⁴. De surcroît, il appartiendra à l'employeur de fournir au comité les différentes informations relatives aux trois consultations, quant au procès-verbal de la réunion il devra clairement faire apparaître que les représentants du personnel ont été consultés sur les trois objets de ces procédures distinctes.

De même, l'employeur pourrait décider de mener concomitamment consultations sur le projet de fermeture de l'établissement et sur le projet de restructuration et de compression des effectifs en amont de celle relative au projet de licenciement collectif. Il est regrettable que le législateur n'ait pas encadré l'articulation des ces différentes obligations de consultation, qui sera peut-être prévue par le décret d'application qui doit être pris en Conseil d'État pour déterminer les modalités d'application de la section du Code du travail relative à la recherche d'un repreneur en cas de projet de fermeture d'établissement⁵, décret qui n'est pas encore paru. Il convient donc d'attendre une prise de position du pouvoir réglementaire ou, à défaut, de la jurisprudence sur la possible concomitance des procédures d'information/consultation du comité sur le projet de fermeture d'établissement, celui de restructuration et de compression des effectifs, et celui de grand licenciement collectif.

C - La clôture de la procédure de recherche d'un repreneur.

519. L'employeur, libre d'opter pour la cession ou la fermeture de l'établissement.

Si la promesse initiale de candidat devenu Président consistait à faire en sorte que lorsqu'un chef d'entreprise préfère fermer un établissement plutôt que de le céder, il soit légalement obligé de vendre l'établissement pour que les emplois soient maintenus auprès du repreneur poursuivant l'activité, cette promesse n'a jamais connu de traduction juridique⁶. Qu'il s'agisse

¹ Art. L. 1233-57-10, C. trav. et L. 1233-31, C. trav.

² Art. L. 1233-57-9, C. trav.

³ Art. L. 2323-15, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-30, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-57-22, C. trav.

⁶ Certes c'était l'objet de la proposition de loi n° 4412 déposée le 28 février 2012 à l'Assemblée nationale mais elle ne fut jamais réellement étudiée et ne vit donc jamais le jour.

des termes de l'ANI du 11 janvier 2013, de ceux de l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail ou des dispositions adoptées par le Parlement avant la censure constitutionnelle dans la cadre de la loi « Florange », il n'a jamais été question d'imposer la vente d'un établissement menacé de fermeture¹.

À ce titre, la lecture par les Sages des dispositions qui leur ont été déférées nous semble particulièrement discutable. Ils ont ainsi considéré que cette loi créait une « **obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime** », obligation qui, alliée à « *la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer [sa violation] font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ». Or, aucune disposition de la loi votée au Parlement n'a jamais créé la moindre obligation de ce genre. L'employeur était libre de refuser une offre de reprise sérieuse sans motif légitime, il s'exposait alors à devoir assumer une partie du coût social de sa décision, préjudiciable à l'intérêt général, en étant condamné à verser une pénalité pécuniaire dont le montant maximal pouvait être assez élevé. Ainsi, la loi votée par le Parlement, pas plus que celle qui a été promulguée le 29 mars 2014, ne créent d'obligation de céder un établissement menacé de fermeture, l'employeur est, et a toujours été, libre d'opter pour la cession ou la fermeture de l'établissement, sous réserve de pouvoir justifier son choix, justification qui ne saurait être soumise à la moindre évaluation judiciaire, le Conseil constitutionnel estimant qu'un tel contrôle porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

520. Cession de l'établissement. Si l'employeur décide d'accepter l'une des offres de reprise présentées, il doit consulter le comité d'entreprise et lui exposer les raisons pour lesquelles il la retient, qui doivent notamment tenir à la capacité du cessionnaire à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement. Le comité doit alors émettre un avis sur le projet de reprise dans le délai fixé par l'article L. 2323-3 du Code du travail qui varie selon les circonstances de quinze jours à quatre mois. En effet, conformément à la philosophie de procéduralisation qui l'anime, la loi du 14 juin 2013 confie en priorité l'encadrement du processus consultatif du comité d'entreprise à un accord conclu entre l'employeur et la majorité des membres titulaires élus du comité d'entreprise ou du comité central d'entreprise. Cela constitue une innovation non négligeable puisque, jusqu'alors, seules les organisations

¹ En dépit de ce qu'affirme le Conseil constitutionnel au terme d'un raisonnement syllogistique éminemment discutable ; Cons. const., déc. n° 2014-692, du 27 mars 2014, préc.

syndicales étaient légalement habilitées à adapter conventionnellement les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise¹.

Ce n'est qu'à défaut d'accord entre l'employeur et la majorité des membres du comité que s'appliqueront les délais fixés par l'article R. 2323-2 du Code du travail issu du décret du 27 décembre 2013². Dans cette hypothèse, le comité d'entreprise devra rendre son avis sur l'offre de reprise retenue par l'employeur dans un délai d'un mois, porté à deux mois en cas de recours à un expert, à trois mois si un ou plusieurs CHSCT ont été saisi(s), voire à quatre mois en cas de saisine de l'instance de coordination des CHSCT³. Dans la mesure où l'article R. 2323-1 du Code du travail prévoit que, sauf dispositions légales spécifiques, le point de départ du délai imparti au comité pour rendre son avis est la date de communication par l'employeur des informations prévues par le Code du travail pour la consultation en cause, cela signifie qu'en l'absence d'accord le comité disposera d'un, deux, trois ou quatre mois à compter de la date à laquelle l'employeur l'aura informé de son intention de céder l'établissement.

S'il n'a pas rendu son avis dans les délais prefix précités ou dans ceux fixés par l'accord conclu au sein du comité, qui ne peuvent en tout état de cause être inférieurs à quinze jours⁴, le comité est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif sur le projet de cession de l'établissement menacé de fermeture⁵.

521. La loi n'apporte aucune précision sur les conséquences de l'acceptation d'une offre de reprise sur la procédure relative au grand licenciement collectif qui devrait, selon toute vraisemblance, y mettre fin celle-ci n'ayant plus de raison d'être, sauf si la fermeture de l'établissement n'était que l'un des éléments du projet de restructuration prévoyant également des compressions massives d'effectifs dans d'autres établissements de l'entreprise. Dans ce cas, l'information/consultation des représentants du personnel sur ces projets de grands licenciements collectifs devra se poursuivre.

En revanche si le projet de restructuration consistait seulement à fermer l'établissement et à licencier le personnel, la procédure d'information/consultation enclenchée

¹ Qu'il s'agisse des accords de méthode sur la consultation en cas de grand licenciement collectif (art. L. 1233-21) ou des accords de GPEC qui, avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, pouvaient prévoir les conditions de consultation du comité sur la stratégie de l'entreprise (art. L. 2242-12 dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 juin 2013).

² Décret n° 2013-1305, du 27 déc. 2013, préc.

³ Art. L. 2323-3, C. trav.

⁴ Art. L. 2323-3, C. trav.

⁵ Art. L. 2323-3, C. trav.

en application de l'article L. 1233-30 du Code du travail prendra fin puisqu'elle n'aura plus de raison d'être. En effet, la cession ne pouvant pas se dérouler, par hypothèse, dans une entreprise soumise à une procédure collective¹, si elle remplit les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, *id est* qu'est cédée une entité économique autonome dont l'activité est reprise et l'identité maintenue², le cessionnaire sera tenu de poursuivre l'ensemble des contrats de travail des salariés affectés à l'établissement cédé³.

522. Fermeture de l'établissement. Si aucune offre de reprise n'a été formulée ou que l'employeur a décidé de ne donner suite à aucune de celles qu'il a reçues, il doit réunir le comité avant l'expiration du délai de l'article L. 1233-30 du Code du travail pour qu'il puisse émettre un avis sur le projet de fermeture de l'établissement et de licenciement collectif⁴. À l'occasion de cette réunion, l'employeur remet au comité un rapport dans lequel sont exposées les actions qu'il a mises en œuvre pour essayer de trouver un repreneur, les éventuelles offres de rachat qu'il a reçues, leurs caractéristiques ainsi que les motifs qui l'ont amené à refuser de céder l'établissement⁵. Ce rapport est également communiqué à la DIRECCTE⁶.

Si, lorsque la cession de l'établissement a été écartée, une réunion du comité est obligatoire, aucun avis ne doit en revanche être émis. En l'absence d'offre de reprise retenue par l'employeur, la procédure d'information/consultation sur le projet de restructuration et de compression des effectifs et celle relative au grand licenciement collectif se poursuivent dans les conditions décrites dans la sous-section qui précède. Le comité devra rendre son avis sur le projet au plus tard à l'expiration du délai préfix de l'article L. 1233-30 du Code du travail. À défaut, il sera réputé avoir été consulté⁷.

Si l'employeur n'est aucunement tenu de céder l'établissement menacé de fermeture, il n'en doit pas moins respecter l'obligation de rechercher un repreneur et associer le comité d'entreprise à cette recherche, procédure dont le respect est contrôlé et la violation sanctionnée.

¹ Art. L. 1233-71, C. trav. auquel renvoie l'article L. 1233-57-9 dudit code, sur le champ d'application de l'obligation de rechercher un repreneur.

² Ce qui devrait être généralement le cas.

³ Sur les conditions d'application de l'article L. 1224-1, C. trav. imposant le maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur.

⁴ Art. L. 1233-57-20, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-57-20, C. trav.

⁶ Art. L. 1233-57-20, C. trav.

⁷ Art. L. 1233-30, C. trav., *in fine*.

§ 3 – Contrôle et sanction de la procédure de recherche d'un repreneur.

Lorsqu'elle inséra l'article L. 1233-90-1 dans le Code du travail, siège de l'embryon de l'obligation de rechercher un repreneur, dont le développement fut assuré par la loi du 29 mars 2014, la loi du 14 juin 2013 n'avait prévu aucun contrôle, ni sanction, de l'obligation de rechercher un repreneur et d'informer/consulter le comité sur le processus de recherche. La loi du 29 mars 2014 renforçant considérablement le dispositif a confié au tribunal de commerce le contrôle du processus de recherche d'un repreneur en concertation avec le comité d'entreprise, contrôle qui après la censure constitutionnelle a perdu beaucoup d'intérêt et qui fut donc finalement confié à la DIRECCTE¹ (A). Quant à la sanction de la violation de l'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement entraînant un grand licenciement collectif, les parlementaires avaient prévu une sanction financière comminatoire qui fut déclarée inconstitutionnelle. Pour autant, un employeur qui ne respecterait pas l'obligation de rechercher un repreneur et d'y associer le comité d'entreprise s'expose non seulement à être condamné à rembourser tout ou partie des aides publiques versées à l'établissement, mais aussi à un refus d'homologation/validation de son projet de licenciement paralysant le prononcé des ruptures (B).

A – Le contrôle de la procédure de recherche d'un repreneur.

523. En application de la loi du 29 mars 2014, le tribunal de commerce est seul compétent pour contrôler le respect par l'employeur de l'obligation de rechercher un repreneur en consultation avec le comité d'entreprise, lorsqu'il envisage de fermer un établissement dont tout ou partie du personnel serait licencié. Cette loi a ainsi inséré dans le Livre II du Code de commerce un titre VII dédié à ce contrôle². Initialement, la loi adoptée par les parlementaires, élus par le peuple français, autorisait le tribunal à examiner « *le caractère sérieux des offres de reprise, au regard notamment de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement* » et « *l'existence d'un*

¹ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, préc.

² Abrogé depuis par la loi du 31 juillet 2014 ; Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, préc.

*motif légitime de refus de cession, à savoir la mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise. »*¹.

524. Ces dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel, qui considère que « *l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime* » ainsi induite, obligation inexistante, alliée à « *la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer [sa] violation (...) font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* »². Cette décision est en réalité fondée sur des considérations politiques dissimulées derrière une « argumentation » juridique discutable et un mésusage du contrôle de la proportionnalité des restrictions apportées à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété au regard de l'objectif constitutionnel de maintien de l'emploi poursuivi par la législature. Certes, le dispositif de contrôle judiciaire de l'obligation de rechercher un repreneur adopté par le Parlement n'était pas exempt de critique, il n'en demeure pas moins que le Conseil constitutionnel n'a pas procédé à un véritable contrôle de la proportion des atteintes portées à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.

Non seulement, sa décision démontre qu'il n'a pas examiné séparément l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété alors que leurs titulaires diffèrent³, mais de surcroît qu'il s'est limité à apprécier l'« intensité de la restriction » qui leur était apportée sans réellement la confronter à l'objectif poursuivi par le législateur⁴ qui était de maintenir l'activité et préserver l'emploi des établissements menacés de fermeture en favorisant leur reprise afin de concourir à la mise en œuvre du droit constitutionnel à l'emploi. Si le dispositif adopté le 24 février 2014 par les Parlementaires n'était pas exempt de critiques, il n'en reste pas moins que sa censure semble fondée sur des considérations politiques que les Sages tentent, en vain, de dissimuler derrière un raisonnement juridique contestable⁵.

¹ Dispositions abrogées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 mars 2014, précitée.

² Cons. const., déc. n° 2014-692, du 27 mars 2014, cons. 21.

³ A. FABRE, art. préc. ; J.-P. CHAZAL, art. préc. ; T. SACHS et S. VERNAC, art. préc.

⁴ T. SACHS et S. VERNAC, art. préc. ; J.-P. CHAZAL, art. préc.

⁵ J.-P. CHAZAL, art. préc.

Ce faisant, le Conseil substitue son appréciation à celle du législateur, alors qu'il censure toute disposition autorisant un juge à substituer la sienne à celle de l'employeur en appréciant la légitimité d'un choix de gestion induisant une compression d'effectifs. En réaffirmant que permettre à un juge de contrôler la légitimité de l'option retenue par l'employeur entre plusieurs alternatives impliquant des suppressions d'emplois porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, le Conseil renforce et légitime l'impuissance du droit social face aux restructurations. Il condamne en effet toute évaluation judiciaire de la légitimité d'une décision de gestion attentatoire au droit constitutionnel à l'emploi, qui n'est certes pas un droit subjectif susceptible d'être invoqué devant un tribunal, mais qui n'en constitue pas moins une exigence constitutionnelle concourant de surcroît à l'intérêt général.

Le droit constitutionnel à l'emploi est « négligé »¹, « dévalorisé »² par le Conseil qui confirme que la sauvegarde de l'emploi, à la différence de celle de la compétitivité, n'est pas une variable dont la loi peut imposer la prise en compte lorsque l'employeur arrête une décision de restructuration. La liberté d'entreprendre étant conçue par les Sages comme une « liberté de choisir »³, toute disposition consistant à réduire l'éventail des choix offerts à l'employeur est menacée de censure puisqu'elle porte une atteinte disproportionnée à cette liberté (sur ?) protégée avec vigueur par le Conseil. Il réduit par conséquent le droit social au rang de « gestionnaire » des conséquences sociales des restructurations, tenu de limiter le coût social à des décisions économiques sur lesquelles il ne peut avoir d'influence au risque de porter atteinte à la liberté d'entreprendre. Cette décision légitime ainsi l'impuissance du juridique/politique face à l'économique/financier et ferme la porte (si tant est qu'elle ait été réellement ouverte) à un dialogue entre droit social et droits des sociétés, condition *sine qua non* de l'effectivité de la préservation de l'emploi face aux restructurations.

525. Contrôle confié au tribunal de commerce des procédures soumises à la loi du 29 mars 2014⁴. Lorsque la procédure d'information/consultation du comité relative au projet de fermeture a été engagée entre le 1^{er} avril 2014⁵ et le 2 août 2014 inclus (date de

¹ T. SACHS et S. VERNAC, art. préc.

² T. SACHS et S. VERNAC, art. préc.

³ T. SACHS et S. VERNAC, art. préc.

⁴ *Id est* engagées entre le 1^{er} avril et le 2 août 2014 (date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité)

⁵ Loi n° 2014-384, du 29 mars 2014, art. 1^{er} III, (date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité).

convocation à la première réunion du comité), le comité peut saisir le tribunal de commerce s'il estime que l'employeur n'a pas respecté l'obligation de rechercher un repreneur ou la procédure d'information/consultation y afférente¹.

La juridiction commerciale peut également être saisie lorsque l'employeur n'a pas donné suite à une offre de reprise que les représentants du personnel considèrent comme sérieuse². Si les salariés ne semblent pas admis à intenter une telle action, les organisations syndicales pourraient pour leur part se voir reconnaître cette faculté ; le non-respect de l'obligation de rechercher un repreneur et de consulter le comité pouvant être considéré comme une atteinte à l'intérêt collectif de la profession³.

Lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à constater le manquement de l'employeur à son obligation de rechercher un repreneur ou de consulter le comité, le tribunal de commerce statue en chambre du conseil sur l'ouverture de la procédure⁴. S'il décide de l'ouvrir, il doit alors s'assurer que l'employeur a respecté l'obligation de rechercher un repreneur qu'il s'agisse de l'information des repreneurs potentiels, de l'examen des offres reçues ou de l'obligation d'y répondre⁵. La juridiction commerciale doit aussi vérifier que le comité d'entreprise a été informé/consulté sur les offres de reprises émises et qu'il a été mis en mesure, le cas échéant, de participer activement à la recherche d'un repreneur⁶ et que l'employeur l'a régulièrement informé/consulté à l'issue de la procédure de recherche close par sa décision de céder/fermer l'établissement⁷.

526. Modalités du contrôle. À la suite de la censure constitutionnelle, éminemment critiquable, de certaines dispositions relatives au contrôle initialement attribué au tribunal de commerce, celui-ci ne doit plus contrôler que le respect par l'employeur de son obligation de rechercher un repreneur et de procéder à l'information/consultation du comité y afférente⁸. Pour ce faire, le tribunal peut recueillir toutes les informations relatives à la situation financière, économique et sociale de l'entreprise ainsi qu'aux démarches mises en œuvre par l'employeur pour rechercher un repreneur. Il peut à ce titre se faire assister par tout expert de

¹ Art. L. 771-1, C. com.

² Art. L. 771-1, C. com. En l'absence de comité d'entreprise constatée dans un procès verbal de carence, les délégués du personnel peuvent saisir le tribunal de commerce d'une telle demande, Art. L. 771-1, *in fine*, C. com.

³ Art. L. 2132-3, C. trav.

⁴ Art. L. 772-1, C. com.

⁵ Art. L. 772-1, C. com.

⁶ Art. L. 772-1, C. com.

⁷ Art. L. 772-1, C. com.

⁸ Art. L. 772-1, C. com.

son choix¹. Surtout, il doit entendre, ou au moins avoir appelé, le dirigeant de l'entreprise, les représentants du comité, le ministère public et, s'il le demande, le représentant de la DIRECCTE, ou toute autre personne dont l'audition serait utile à l'exercice de sa mission². Le tribunal dispose de quatorze jours pour statuer sur le respect ou non par l'employeur de son obligation de rechercher un repreneur et d'informer/consulter le comité d'entreprise sur cette recherche³.

527. Aux termes de l'article L. 773-1 du Code de commerce, tant que le tribunal de commerce n'a pas rendu son jugement, l'Administration du travail ne peut homologuer le document unilatéral sur le projet de licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi. Cet article n'est pas sans soulever un certain nombre d'interrogations. Ainsi, il ne vise que l'homologation du document unilatéral et non la validation d'un éventuel accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, alors même qu'il n'y a aucune raison de paralyser l'homologation du document unilatéral et non la validation d'un accord majoritaire⁴... Cette omission risque notamment de créer des difficultés lorsque le projet de licenciement a fait l'objet d'un accord partiel sur le plan de sauvegarde de l'emploi, complété par un document unilatéral⁵, puisque l'Administration ne pourrait homologuer le document unilatéral et devrait en revanche se prononcer sur la validité de l'accord majoritaire... Il semble toutefois probable que lorsque le tribunal de commerce aura été saisi, si le projet de licenciement est l'objet d'un accord majoritaire total ou partiel, la DIRECCTE ne validera pas l'accord tant que le tribunal de commerce n'aura pas rendu son jugement. Surtout, il apparaît douteux qu'un employeur ne se conformant pas à l'obligation de rechercher un repreneur pour éviter de fermer l'établissement et de licencier son personnel parvienne à conclure un accord sur le projet de licenciement avec les organisations syndicales « majoritaires »⁶.

¹ Art. L. 772-1, C. com.

² Comme par exemple, l'expert ayant assisté le comité ou le(s) candidat(s) à la reprise de l'établissement etc. ; art. L. 772-2, C. com.

³ Art. L. 773-1, C. com.

⁴ R. DUPIRE et D. CHATARD, art. préc.

⁵ Hypothèse relativement courante, dans la mesure où si les syndicats veulent bien conclure un accord sur les mesures sociales d'accompagnement, ils sont moins enclins à « co-décider » les modalités de mise en œuvre du projet de licenciement : nombre des ruptures, calendrier, catégories professionnelles concernées, etc.

⁶ En ce sens, à propos du dispositif antérieur, F. GÉA, art. préc. ; Pour mémoire il s'agit d'une « majorité affaiblie » puisque sont seuls pris en compte les suffrages exprimés en faveur des syndicats représentatifs au premier tour des dernières élections, réduction de « la base de calculs » facilitant l'obtention d'une signature « majoritaire ».

Par ailleurs, si la DIRECCTE ne peut statuer sur le projet de licenciement et de plan de sauvegarde de l'emploi tant que le jugement n'a pas été rendu, est-ce que cela signifie que le délai de quinze ou de vingt-et-un jours dans lequel elle doit homologuer/valider le projet est suspendu entre la saisine du tribunal et le jugement ? Ou, au contraire, ce délai ne commence-t-il à courir qu'une fois la décision des juges commerciaux rendue ?

Enfin, la loi ne règle pas les conséquences de la décision des juges commerciaux sur celle de la DIRECCTE. Dans la mesure où, sous l'empire de la loi du 29 mars 2014, la DIRECCTE n'a pas à contrôler le respect des dispositions relatives au processus de recherche d'un repreneur de l'établissement menacé de fermeture, rien ne s'oppose a priori à ce qu'elle homologue ou valide un projet de licenciement alors que le tribunal de commerce a estimé que l'employeur n'a pas respecté les dispositions relatives à la recherche d'un repreneur. Il semble toutefois probable que, dans de telles circonstances, la DIRECCTE refusera d'homologuer/valider le projet¹. Il appartiendra toutefois aux juges judiciaires et administratifs de trancher les nombreuses questions résultant de l'imprécision des dispositions issues de la loi du 29 mars 2014.

528. Silence de la loi de sécurisation de l'emploi sur le contrôle du respect des dispositions de l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail à l'issue de la procédure.

La loi du 14 juin 2013, reprenant les dispositions de l'ANI du 11 janvier 2013, n'avait pas expressément prévu de contrôle de l'obligation de rechercher un repreneur et de consulter le comité en cas de projet de fermeture d'établissement impliquant un licenciement collectif. Faute de disposition spéciale, le juge judiciaire devrait être compétent pour contrôler le respect par l'employeur des dispositions de l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail. Le comité d'entreprise et les organisations syndicales devraient donc pouvoir saisir le tribunal de grande instance pour qu'il sanctionne (comment ?²) ce qu'ils considèrent comme un manquement de l'employeur aux obligations mises à sa charge par l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail. Le tribunal de grande instance devra alors s'assurer que l'employeur a effectivement tenté de rechercher un repreneur pour le site menacé, qu'il a, à ce titre, mis à la disposition des éventuels repreneurs les informations relatives à l'établissement, et qu'il a étudié et répondu aux offres éventuellement reçues. De même, il appartiendra au juge de s'assurer que l'ensemble des informations relatives au processus de recherche a été transmis

¹ Paralysant « temporairement » le pouvoir de licencier de l'employeur.

² La loi du 14 juin 2013 n'a en effet prévu aucune sanction spécifique à la violation des dispositions de l'ancien article L. 1233-90-1, C. trav.

au comité, et notamment que l'employeur lui a communiqué les documents mis à disposition des repreneurs éventuels et, le cas échéant, les offres de reprise reçues, mettant ainsi en mesure le comité d'émettre un avis sur ces dernières et de faire des propositions alternatives à la mise en œuvre du projet de fermeture de l'établissement¹.

De même, les salariés licenciés dans le cadre de la fermeture de l'établissement devraient pouvoir saisir le conseil de prud'hommes pour obtenir des dommages et intérêts en cas de violation par l'employeur de l'obligation de rechercher un repreneur ou de consulter le comité d'entreprise en application de l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail.

529. Sous l'empire de la loi du 14 juin 2013, les articles relatifs aux obligations dont la DIRECCTE devait contrôler le respect avant de pouvoir homologuer/valider le projet de licenciement collectif et d'« autoriser » l'employeur à le mettre en œuvre, n'attribuaient pas à l'autorité administrative le soin de vérifier que l'employeur s'était bien conformé aux dispositions de l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail, le cas échéant. Il semble toutefois vraisemblable qu'appelée à contrôler un projet de licenciement collectif résultant de la fermeture d'un établissement, la DIRECCTE qui constaterait que l'employeur n'a pas respecté l'obligation de recherche d'un repreneur pour maintenir l'activité et sauvegarder l'emploi, et/ou la consultation du comité d'entreprise y afférente, devrait vraisemblablement refuser d'homologuer/valider ce projet².

En effet, si la loi ne lui attribue pas directement le contrôle du respect des dispositions de l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail, il n'en reste pas moins que la DIRECCTE est garante de la qualité du dialogue social relatif à la limitation du coût social des restructurations et de celle des mesures sociales d'accompagnement élaborées pour effectivement réduire l'impact social du projet de licenciement collectif. À ce titre, elle doit s'assurer que l'employeur a élaboré un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales, *id est* dans lequel sont mobilisés tous les moyens à la disposition de l'employeur, pour tenter d'éviter les licenciements, d'en réduire le nombre ou de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés qui seront inéluctablement licenciés. Rechercher activement un repreneur, étudier les offres éventuellement reçues en les soumettant au comité d'entreprise concourt ainsi à essayer d'éviter des licenciements, et partant à la mise en œuvre

¹ Si, à la différence de la loi du 29 mars 2014, celle du 14 juin 2013 n'habilite pas expressément le comité à participer au processus de recherche d'un repreneur, il n'en reste pas moins que l'ancien article L. 1233-90-1, C. trav. l'autorise à « formuler des propositions », ce qui semble lui permettre d'élaborer un projet de reprise de l'établissement menacé.

² F. GÉA, art. préc.

de la finalité première du plan, grâce à la poursuite éventuelle de l'activité du site et de l'exécution des contrats de travail y afférents. S'il semble probable que la DIRECCTE refusera d'homologuer/valider un projet de licenciement collectif consécutif à la fermeture d'un site alors que l'employeur n'a pas respecté les dispositions de l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail, il convient d'attendre une confirmation administrative ou judiciaire en ce sens. En tout état de cause, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 juillet 2014, tout doute en la matière est levé.

530. Contrôle confié à l'Administration du travail pour les procédures relevant de la loi du 31 juillet 2014. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 juillet 2014¹, le contrôle du respect de la procédure de recherche d'un repreneur et de celle d'information/consultation du comité d'entreprise y afférente est expressément confié à la DIRECCTE dans le cadre de l'instruction de la demande de validation ou d'homologation du projet de licenciement². Il lui appartient donc de s'assurer que l'employeur a effectivement recherché un repreneur éventuel pour racheter l'établissement menacé de fermeture. Elle doit s'assurer à ce titre qu'il a réellement contacté les repreneurs éventuels et qu'il les a mis en mesure de formuler des offres de rachat, en leur communiquant les informations nécessaires à l'élaboration d'un projet de reprise. La DIRECCTE doit également contrôler le respect des obligations afférentes à l'information/consultation du comité d'entreprise sur le processus de recherche, notamment lorsque ce dernier a décidé de participer activement à la recherche d'une solution alternative à la fermeture en élaborant des propositions de reprise. Si au cours de l'instruction de la demande d'homologation/validation du projet, elle constate que l'employeur n'a pas loyalement et sérieusement procédé à la recherche d'un repreneur en consultant le comité au cours du processus de recherche, elle pourra le « sanctionner » en refusant d'homologuer/valider le projet de licenciement collectif.

¹ *Id est* le 2 août 2014, les procédures engagées à compter de cette date (date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité) sont donc soumises au contrôle de la DIRECCTE ; art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-2 C. trav.

² Art. L. 1233-57-2, 4^e et L. 1233-57-3, al. 1^{er}, C. trav.

B – La sanction du non-respect du processus légal de recherche d'un repreneur.

531. Absence de sanction spécifique à la méconnaissance de la procédure de recherche d'un repreneur prévue à l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail. Sous l'empire de la loi de sécurisation de l'emploi, aucune sanction spécifique n'était prévue, en cas de non-respect par l'employeur des dispositions relatives à la procédure de recherche d'un repreneur prévues à l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail. Toutefois, il semble envisageable que si l'employeur n'a pas recherché de repreneur conformément à l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail, la DIRECCTE devrait refuser de valider/homologuer un projet de licenciement consécutif à la fermeture de l'établissement, paralysant ainsi le prononcé des ruptures. En effet, même si la procédure de recherche d'un repreneur est indépendante de celle de grand licenciement collectif, rechercher et éventuellement trouver un repreneur constitue une mesure tendant à éviter les licenciements, finalité première du plan de sauvegarde de l'emploi contrôlé par la DIRECCTE¹.

Par ailleurs, comité d'entreprise et organisations syndicales devraient pouvoir saisir le tribunal de grande instance pour qu'il condamne l'employeur à réparer le préjudice résultant de la violation de l'obligation de rechercher effectivement un repreneur et/ou d'y associer le comité d'entreprise, violation qui porte vraisemblablement atteinte à l'intérêt collectif de la profession.

En outre, les salariés licenciés à la suite de la fermeture du site sans que l'employeur n'ait réellement recherché un repreneur pour tenter d'éviter les licenciements en permettant le maintien de l'activité du site et des emplois afférents par un cessionnaire potentiel, devraient pouvoir saisir le conseil de prud'hommes d'une demande de dommages et intérêts relative à la perte d'une chance de conserver leur emploi, indemnisation dont le montant sera fonction de la « probabilité » de reprise du site assurant la sauvegarde de l'emploi. Par ailleurs, il est possible que les juges « prenant modèle sur l'obligation de reclassement »², estiment que l'absence de recherche loyale et sérieuse d'un repreneur, préalable à la fermeture du site, prive le licenciement de cause réelle et sérieuse dans la mesure où l'employeur n'a pas véritablement recherché toutes les alternatives à la rupture du contrat, alors qu'un licenciement pour motif économique ne doit intervenir qu'en ultime recours³. Il convient

¹ Art. L. 1233-61, C. trav.

² S. VERNAC, *in* P; ROUSSEL GALLE et S. VERNAC, art. préc.

³ S. VERNAC, *in* P; ROUSSEL GALLE et S. VERNAC, art. préc.

cependant d'attendre que les juges administratifs et judiciaires précisent les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'un employeur n'ayant pas respecté les obligations mises à sa charge par l'ancien article L. 1233-90-1 du Code du travail.

532. Inconstitutionnalité de la pénalité financière initialement prévue par le législateur. Initialement, la loi Florange prévoyait que la méconnaissance de l'obligation de rechercher un repreneur constatée par le tribunal de commerce pouvait être sanctionnée par la condamnation de l'entreprise à verser une pénalité pouvant s'élever jusqu'à vingt fois le montant mensuel du SMIC par salarié licencié, dans la limite de 2 % du chiffre d'affaires de l'entreprise. Cette sanction a été censurée par le Conseil constitutionnel. Après avoir rappelé qu'à la suite de l'inconstitutionnalité du contrôle initialement confié au tribunal de commerce relatif au caractère sérieux des offres de reprise et à la légitimité du motif invoqué par l'employeur pour refuser une offre sérieuse, la pénalité ne concernait « plus que » le non-respect des dispositions relatives à l'obligation de rechercher effectivement un repreneur en informant les repreneurs potentiels, en examinant les offres reçues, en y répondant, etc. et de celles afférentes à la consultation du comité d'entreprise, il a considéré que cette pénalité pouvant « *atteindre jusqu'à vingt fois la valeur mensuelle du [SMIC] par emploi supprimé, revêt[ait] un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité du manquement réprimé* »¹. Il l'a donc déclarée inconstitutionnelle, cette disproportion constituant une violation de « *l'article 8 de la Déclaration de 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* »². À l'instar de la censure du contrôle confié au tribunal de commerce, celle de la sanction pécuniaire susceptible d'être prononcée à l'encontre d'une grande entreprise qui aurait choisi de fermer un site et de licencier son personnel en refusant, sans motif légitime, de le céder à un repreneur ayant formulé une offre susceptible de sauvegarder l'activité et les emplois d'un site, est critiquable à plusieurs titres.

533. S'il ne vise que les « peines » et les « délits », le champ d'application de l'exigence de nécessité et de proportionnalité prévue à l'article 8 de la DDHC couvre non seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais également les sanctions

¹ Cons. const., déc. n° 2014-692, du 27 mars 2014, préc., cons. 25.

² Cons. const., déc. n° 2014-692, du 27 mars 2014, préc., cons. 22.

qui constituent une « punition », à l'exclusion de celles prévues par la loi afin de réparer un préjudice¹. C'est ainsi la finalité d'une sanction : « punir » la violation d'un texte/« réparer » un préjudice consécutif à un acte, une faute, une décision qui détermine si elle peut ou non être qualifiée de « punition » et ainsi être soumise au « contrôle de l'erreur manifeste » du juge constitutionnel². En l'occurrence, le Conseil a estimé que la pénalité financière susceptible d'être prononcée à l'encontre d'une entreprise dont la direction n'a pas respecté l'obligation de rechercher une alternative à la fermeture de l'établissement, en essayant de trouver un repreneur susceptible de poursuivre l'activité du site et de préserver l'emploi, avait pour objectif de la « punir » pour avoir manqué aux « obligations de recherche d'un repreneur, d'information et de consultation du comité d'entreprise ».

Or à l'instar de certains auteurs, on peut s'interroger sur la finalité de cette pénalité qui semble en réalité être duale. En effet, on peut considérer que son objectif n'était pas seulement de dissuader les entreprises de « camper sur leur décision de fermer un site » sans prendre la peine d'essayer de rechercher un repreneur, décision inattaquable puisque prise au titre de la liberté d'entreprendre, mais qu'elle tendait également à imposer à ces entreprises d'assumer son coût social, de réparer le préjudice subi par le bassin d'emploi dont l'équilibre économique et social est bouleversé par cette décision de restructuration qui aurait (peut-être) pu être évitée... Comme le soulignent certains auteurs, « Il était en effet prévu que la pénalité, qui devait s'ajouter aux éventuelles indemnités versées aux salariés licenciés - revienne à la Banque Publique d'Investissement (BPI). Conçue de la sorte, la pénalité visait, notamment, à financer des projets de revitalisation du bassin d'emploi sinistré par la décision de fermeture de l'établissement. Chemin faisant, à travers cette pénalité, le législateur souhaitait responsabiliser, du moins financièrement, les entreprises non respectueuses de leurs obligations en matière de recherche d'un repreneur. Ainsi, la pénalité n'obéissait pas nécessairement à une logique punitive, mais davantage à une logique de responsabilisation. Cette logique de responsabilisation revêtait une double dimension : celle de mettre au compte de l'employeur une obligation de réparer le préjudice - qui dépasse celui des salariés qui ont perdu leur emploi - d'une part ; celle de conduire les entreprises à intégrer, dans les choix

¹ En effet, ce n'est que si la sanction concernée vise à sanctionner un comportement blâmable (comme c'est le cas par exemple de l'indemnité versée par l'employeur d'un salarié étranger sans titre, CE, 28 juill. 1999, n° 188973, *Groupement d'intérêt économique Mumm-Perrier-Jouet*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 1999. 835 ; *ibid.* 783, chron. P. FOMBEUR et M. GUYOMAR ; D. 1999. 234 ou des amendes civiles en matière de formation professionnelle, Cons. const., 21 sept. 2012, n° 2012-273 QPC, D. 2012. 2180), et non à réparer un préjudice (comme c'est le cas de l'indemnité légale pour travail dissimulé, Cons. const., 25 mars 2011, n° 2011-111, D. 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; RSC 2011. 404, obs. A. CERF-HOLLENDER), qu'elle constitue « une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la déclaration de 1789 » ouvrant alors la porte à un contrôle de l'erreur manifeste ; V. A. FABRE, art. préc.

² A. FABRE, art. préc.

effectués, les effets causés par leurs décisions, d'autre part. La pénalité obéissait ainsi à une logique à la fois de réparation et de dissuasion ». Si le Conseil avait retenu cette interprétation, conforme à notre sens à l'esprit de la loi, la pénalité n'aurait pas été qualifiée de punition et aurait « échappé » à l'emprise de l'article 8 de la DDHC.

534. Même si l'on considère à l'instar du Conseil que cette pénalité était une « punition », était-elle véritablement disproportionnée aux manquements sanctionnés, en l'occurrence le refus de rechercher activement un repreneur en respectant les obligations de l'article L. 1233-57-14 du Code du travail pour tenter de sauver des emplois, et associer le comité à cette recherche en l'informant/consultant sur le processus de recherche, les offres reçues, et la décision « finale » de cession/fermeture de l'établissement ? On peut légitimement se poser la question, dans la mesure où les manquements sanctionnés portent atteinte au droit constitutionnel des salariés à participer à la gestion de l'entreprise, au droit constitutionnel à l'emploi, et de surcroît à l'intérêt général, la collectivité ayant à assumer le coût social des répercussions de la décision de fermeture sur le marché local de l'emploi (destruction des emplois directs et indirects), l'activité des principaux partenaires de l'entreprise, le dynamisme économique du bassin d'emploi, les recettes fiscales des collectivités locales, etc. Il semble que le Conseil constitutionnel ait à nouveau mésusé du contrôle de proportionnalité en se contentant de substituer son appréciation à celle du législateur : les Sages ont ainsi considéré qu'une pénalité dont le montant est plafonné à vingt SMIC par emplois supprimé est disproportionnée, sans prendre la peine de la comparer à l'importance des préjudices résultants de la « faute commise », étant de surcroît rappelé non seulement que le montant maximal était en tout état de cause plafonné à 2 % du chiffre d'affaire de l'entreprise, mais surtout que les juges devaient le fixer en tenant « *compte de la situation de l'entreprise et des efforts engagés pour la recherche d'un repreneur* »¹...

535. Remboursement des aides publiques. Pour les procédures engagées entre le 1^{er} avril 2014 et le 2 août 2014, en cas de manquement de l'employeur à son obligation de rechercher un repreneur, constaté par le tribunal de commerce, l'ancien article L. 773-2 du Code de commerce² prévoit que, dans l'année suivant le jugement, peut être émis un titre exécutoire à l'encontre de l'entreprise pour que celle-ci rembourse tout ou partie des aides

¹ Art. L. 773-1, C. com tel qu'il a été rédigé et voté par le Parlement avant d'être censuré.

² Abrogé par la loi n° 2014-856, du 31 juil. 2014, préc.

publiques dont elle a pu bénéficier en matière d'installation, de développement économique ou d'emploi au titre de l'établissement fermé au cours des deux années précédant le jugement.

Si la loi du 31 juillet 2014 a abrogé le contrôle du respect de la procédure de recherche d'un repreneur par le tribunal de commerce, elle a toutefois maintenu la possibilité que soit demandé à l'entreprise de rembourser tout ou partie des aides publiques perçues au titre de l'établissement dans les deux années précédant l'ouverture de la procédure de grand licenciement collectif. Toutefois, la DIRECCTE peut exiger ce remboursement en cas de non-respect de la procédure de recherche d'un repreneur, mais également en l'absence de manquement de l'employeur à ces dispositions. En effet, l'article L. 1233-57-1 du Code du travail affirme que *« Eu égard à la capacité de l'employeur à éviter les licenciements ou à en limiter le nombre par la cession de l'établissement concerné par le projet de fermeture, attestée par les rapports mentionnés aux articles L. 1233-57-17 et L. 1233-57-20, l'autorité administrative peut demander le remboursement des aides pécuniaires en matière d'installation, de développement économique, de recherche ou d'emploi attribuées par une personne publique à l'entreprise, au titre de l'établissement concerné par le projet de fermeture, au cours des deux années précédant la [première] réunion [du comité sur le projet de licenciement] »*. La DIRECCTE pourrait ainsi exiger le remboursement de tout ou partie de ces aides si l'employeur a loyalement recherché un repreneur et respecté la procédure d'information/consultation du comité, mais qu'il a refusé une offre sérieuse de reprise qui aurait permis de maintenir l'activité et l'emploi, refus qui ne constitue pas une « faute » punissable puisque ce choix résulte de la liberté d'entreprendre, liberté de choisir à laquelle le législateur ne saurait, sans encourir la censure, porter atteinte en limitant l'éventail de choix offert à l'employeur¹...

Sous l'empire des lois du 29 mars ou du 31 juillet 2014, le remboursement total ou partiel des aides publiques concerne uniquement celles versées à l'entreprise pour l'établissement fermé, ce qui impose de procéder à l'examen de la « ventilation » des subventions versées à l'entreprise pour connaître le montant effectivement consacré à l'établissement concerné et déterminer la « part » de ces aides que l'entreprise devra rembourser. Selon certains auteurs, cette sanction pourrait contribuer à rendre effectives les obligations de recherche d'un repreneur lorsque leur montant est élevé. Ce dispositif contribue

¹ Les dispositions relatives au remboursement des aides publiques prévues par les lois du 29 mars 2014 et du 31 juillet 2014 n'ont pas été déférées au Conseil constitutionnel qui aurait pu considérer que le secondes portaient atteinte à la liberté d'entreprendre en autorisant l'administration à évaluer le choix de gestion retenu par l'employeur, immixtion caractéristique d'un tiers dans la gestion de l'entreprise, en général sanctionnée par le Conseil...

à sanctionner l'usage illégitime des aides publiques qui se sont multipliées au cours des dernières années pour soutenir les entreprises et favoriser la création d'emploi, notamment en créant des « emplois subventionnés » dont les charges sociales sont assumées par l'Etat, aides qualifiées par certains de « cadeaux faits aux patrons »¹, dont l'efficacité en termes de création d'emploi reste à démontrer... L'État ayant en quelque sorte « investi » dans l'établissement, il est logique que l'entreprise soit tenue de le rembourser, puisque cet investissement « part en fumée » en quelque sorte à la suite de la décision de fermer l'établissement qui aurait pu « survivre » grâce à un repreneur poursuivant l'activité et maintenant l'emploi, « pérennisant » en quelque sorte l'utilité de l'investissement de l'État.

536. Refus probable d'homologation/validation administrative du projet. Si l'employeur n'a pas loyalement et sérieusement procédé à la recherche d'un repreneur en consultant le comité au cours du processus de recherche, il semble probable que l'administration du travail refusera de valider/homologuer le projet dans la mesure où l'employeur aurait pu tenter d'éviter des ruptures en tentant de trouver un cessionnaire. Si la DIRECCTE refuse d'homologuer/valider le projet de licenciement sur ce fondement, l'employeur ne pourra prononcer les licenciements, à peine de nullité². En application de l'article L. 1233-57-7 du Code du travail, il devra reprendre son projet et procéder effectivement à la recherche d'un repreneur conformément aux dispositions des articles L. 1233-57-9 et suivants du Code du travail, en tenant compte de la motivation du refus de la DIRECCTE qui aura éventuellement relevé d'autres manquements de l'employeur relatifs par exemple à la procédure d'information/consultation du comité sur le projet, à la pondération des critères de l'ordre des licenciement, etc. Si elle peut refuser d'homologuer/valider le projet lorsque l'employeur n'as pas effectivement respecté les dispositions légales relatives à la recherche d'un repreneur, la DIRECCTE ne pourra en aucun cas imposer à l'employeur de céder l'établissement. Au nom de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété, il est en effet seul juge de l'opportunité de céder l'établissement ou de le fermer, dès lors qu'il est en mesure de justifier son choix³. La DIRECCTE pourra ainsi « faire pression » sur l'employeur pour qu'il procède effectivement à la recherche d'un repreneur, mais dès lors qu'il aura respecté les dispositions de la présente section et qu'il pourra exposer les raisons pour

¹ Expression qualifiée d'« absurde » et condamnée par Manuel VALLS lors de son discours à l'Université d'été du MEDEF en 2014

² Art. L. 1233-39 et L. 1235-10, C. trav.

³ Art. L. 1233-57-20, 3^o, C. trav.; C. WILLMANN, art. préc.

lesquelles il a décidé de fermer l'établissement alors même qu'une offre sérieuse de reprise a été présentée¹, la DIRECCTE ne devrait pas pouvoir refuser de valider ou d'homologuer le projet sur ce seul fondement, une telle décision pouvant être éventuellement être suspendue ou annulée par le juge administratif en référé. En effet, dans la mesure où le caractère fondamental de liberté d'entreprendre est reconnu par le Conseil d'État, l'employeur pourra introduire un « référé liberté » sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, à condition toutefois de démontrer l'urgence de la situation, appréciée strictement par les juges administratifs². Elle pourra en revanche, en présence d'une offre sérieuse rejetée sans motif légitime par l'employeur, « subordonner » la validation/homologation du projet à l'enrichissement du plan de sauvegarde de l'emploi dans la mesure où cette cession aurait contribué à éviter des licenciements, finalité première du plan dont elle est garante de la qualité. Surtout, dans cette hypothèse elle pourra demander le remboursement des aides publiques versées à l'établissement.

537. En dépit de la volonté de la majorité du peuple français qui a élu un Président de la République et une majorité parlementaire sur la base d'un programme contenant notamment la promesse d'obliger les entreprises à céder un établissement menacé de fermeture lorsqu'une offre de reprise permettant le maintien de l'activité et de l'emploi du site a été formulée, le conseil constitutionnel a censuré, pour des motifs politiques travestis sous un « raisonnement » juridique contestable, le dispositif élaboré par le législateur pour conférer une certaine effectivité à la promesse du candidat François HOLLANDE³. Enclin à substituer son appréciation à celle du législateur sur les modalités de conciliation de la liberté d'entreprendre et du droit à l'emploi, le Conseil est en revanche prompt à censurer toute initiative parlementaire qui autoriserait un juge à substituer *« son appréciation à celle du chef d'une entreprise, qui n'est pas en difficulté, pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise »*.

¹ Art. L. 1233-57-20, C. trav.

² Pour mémoire, le Conseil d'Etat estime que la condition d'urgence n'est pas par principe caractérisée lorsqu'est contestée une décision d'homologation/validation d'un projet alors même qu'elle autorise le prononcé de nombreux licenciements (en ce sens. ; CE 4^e et 5^e s-s-r., 21 février 2014, n° 374409, publié au recueil Lebon). Il semble donc que par analogie la seule paralysie du projet de fermeture et de licenciements ne suffise pas à caractériser l'urgence. Il convient tout de même d'attendre une décision du Conseil d'Etat,

³ Promesse qui n'a pas vraiment été tenue puisqu'en dépit de ce que considère fallacieusement le Conseil, aucune obligation de céder l'établissement dans une quelconque circonstance n'a été prévue par le législateur.

Le Conseil constitutionnel insiste ainsi sur le fait qu'il ne serait pas tolérable que le juge substitue son appréciation à celle de l'employeur dont l'entreprise n'est pas en difficulté¹. En effet, comme le soulignent plusieurs auteurs, dans le cadre des procédures collectives, le juge ne substitue pas son appréciation à celle de l'employeur, il « apprécie » seul, après avoir entendu le débiteur certes, la situation de l'entreprise et les choix de gestion et de restructuration à mettre en œuvre pour sauvegarder l'activité de l'entreprise, préserver l'emploi et assurer l'apurement du passif.

Selon certains auteurs cette immixtion dans la gestion de l'entreprise, de la part du juge qui peut non seulement ordonner la cession mais également choisir le repreneur, est justifiée parce que l'état de cessation des paiements démontre l'incapacité du débiteur à réaliser l'objet de l'entreprise sans porter atteinte aux intérêts des tiers². Il est donc selon eux logique que le juge prenne les mesures nécessaires pour préserver les différents intérêts en présence en décidant du sort de l'entreprise.

Non seulement le dispositif instauré par la loi votée au Parlement n'autorisait aucunement le tribunal de commerce à statuer sur le sort de l'entreprise, comparaison n'est définitivement pas raison, et de surcroît si on reprend ce raisonnement³, il pourrait apparaître tout aussi logique qu'un employeur refusant de céder un établissement menacé de fermeture, soit, non pas obligé de le vendre, mais sanctionné financièrement. En effet, en refusant, **sans motif légitime**, une offre de reprise sérieuse, qualité appréciée notamment au regard de sa capacité à maintenir l'emploi et l'activité⁴, on peut considérer qu'est en quelque sorte démontrée dans cette hypothèse « son incapacité réaliser l'objet de l'entreprise sans porter atteinte aux intérêts des tiers » que sont les salariés, les partenaires de l'entreprise, le territoire qui subit les répercussions de cette décision, etc.

En tout état de cause, il semble curieux, paradoxal, que les seules décisions de restructurations soumises à l'exigence de prendre en compte l'impératif de maintenir l'emploi

¹ Qualification ironique d'un point de vue de la cause justificative des licenciements prononcés, dont la notification visera sûrement des difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité. Qualification qui pourrait aussi signifier en creux que le Conseil constitutionnel valide la jurisprudence Vivéo, et que, si d'aventure le législateur venait à y mettre fin en subordonnant l'ouverture d'une procédure de grand licenciement collectif à l'existence d'un motif économique réel et sérieux, il pourrait encourir la censure...

² P. ROUSSEL GALLE, *in* P. ROUSSEL GALLE et S. VERNAC, art. préc.

³ Auquel nous ne souscrivons pas dans la mesure où non seulement les droit des procédures collectives, n'est plus le droit de la « faillite » qui justement avait une connotation « punitive » et infamante, et où de surcroît dans nombre de procédures collectives, si c'est le tribunal qui arrête le plan de cession/redressement, le plan de redressement est élaboré par l'employeur dans le cadre des procédures « simplifiées ».

⁴ Appréciation du caractère sérieux dont on peut imaginer qu'elle aurait pris en compte la proportionnalité entre le prix de rachat proposé et la valeur de l'établissement.

soient celles qui sont arrêtées dans les entreprise dont la survie est menacée au point que son sort soit confié au juge. Ne vaut-il pas mieux imposer aux grandes entreprises *in bonis*, ou appartenant à un grand groupe, d'intégrer l'exigence de préservation emploi dans leurs choix de gestion, ces entreprises disposant d'une réelle marge de manœuvre pour ce faire à la différence des entreprises soumises à un procédure collective dont les moyens sont, par définition, extrêmement réduits ? Une telle obligation s'inscrirait de surcroît dans la logique d'anticipation des difficultés, mais aussi des répercussions des mutations économiques et des orientations stratégiques sur l'emploi... En condamnant, la faculté qu'un juge puisse contrôler la légitimité d'un choix de gestion impliquant de nombreuses destructions d'emplois, un coût social très élevé pour la collectivité, portant ainsi atteinte à l'intérêt général, le Conseil condamne l'éventualité que la question de l'emploi soit nécessairement prise en compte dans la décision de restructuration, sauf lorsque celle-ci est arrêtée dans le cadre d'une entreprise en cessation des paiements.

Section II : Le contrôle de la décision de licenciement dans les entreprises soumises à une procédure collective.

538. Afin de tenter de pallier son impuissance face aux décisions de restructurations et de concilier autant que possible liberté d'entreprendre et droit constitutionnel à l'emploi, le droit social impose un contrôle des décisions de licenciement collectif pour motif économique, contrôle particulièrement renforcé en cas de grand licenciement collectif soumis à l'exigence d'élaboration et de mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi¹. Cependant, conçu pour des entreprises *in bonis*, ce régime se révèle inadapté au contexte des entreprises soumises à une procédure collective. C'est pourquoi, lorsqu'une entreprise est l'objet d'une telle procédure, le droit social cède en partie la place au droit des entreprises en difficulté s'agissant du contrôle des ruptures pour motif économique.

Dès 1975, lorsque le législateur imposa un contrôle par les représentants du personnel des décisions de licenciement collectif dans le cadre d'une procédure d'information/consultation sur les projets de restructuration et de licenciement collectif, cette procédure fut rendue applicable dans les entreprises à l'encontre desquelles était ouverte une procédure collective². Si, pendant longtemps, faisant peu de cas du sort des salariés, le droit des entreprises en difficulté s'est principalement intéressé au sort de l'entreprise et à l'apurement de son passif, tel n'est aujourd'hui plus le cas³. Partenaires économiques privilégiés de l'entreprise, indispensables à la poursuite de son activité sans laquelle ses chances de survie et de redressement seraient réduites à néant, les salariés font désormais l'objet de mesures tendant à préserver leurs intérêts. À ce titre, la loi du 25 janvier 1985 qui a profondément réformé le droit des procédures collectives a, pour la première fois, prévu que le maintien de l'emploi devait être l'un des objectifs des procédures de redressement judiciaire⁴. Ainsi, elle a non seulement défini les objectifs de la procédure de redressement

¹ Art. L. 1233-61, C. trav.

² Loi n° 75-5, du 3 janv. 1975, préc.

³ Sur l'évolution du droit des entreprises en difficultés, V. not. P.-M. LE CORRE, « 1807-2007 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. pal.*, 21 juil. 2007, n° 202, p. 3.

⁴ Loi n° 85-98, du 25 janv. 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JO* du 26 janv. 1985, p. 1097.

judiciaire mais également hiérarchisé ses finalités : en énonçant dans son article 1^{er} que la procédure de redressement judiciaire est « *destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* »¹. De ce point de vue, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une entreprise n'a aucun effet sur les contrats de travail. Ces derniers, à la différence des autres contrats en cours, échappent à l'option offerte par l'article L. 622-13 du Code de commerce qui permet à l'administrateur judiciaire de décider de renoncer ou de poursuivre l'exécution des contrats en cours². S'agissant des contrats de travail, il n'a pas le choix³ : il est tenu d'en poursuivre l'exécution, l'ouverture d'une procédure collective ne constituant pas une cause de rupture du contrat de travail⁴.

La loi du 25 janvier 1985 a maintenu l'obligation de consulter les représentants du personnel en cas de licenciement collectif tout en la cantonnant aux seules procédures de redressement judiciaire. Surtout, et cela constituait une innovation de taille, cette loi a subordonné le prononcé d'un licenciement pour motif économique par une entreprise soumise à une procédure collective à une autorisation judiciaire préalable. Au contrôle des représentants du personnel et de l'Administration du travail est donc venu s'ajouter un contrôle judiciaire *a priori* de la décision de prononcer un licenciement pour motif économique.

Lorsque la loi du 2 août 1989 renforça l'accompagnement social des salariés en légalisant l'exigence d'un plan social pour les grands licenciements collectifs prononcés dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, elle rendit cette obligation applicable aux entreprises soumises à une procédure collective⁵. Puis, la loi du 10 juin 1994 a étendu le contrôle des représentants du personnel aux entreprises placées en liquidation judiciaire, dans le cadre de la procédure d'information/consultation sur le projet de licenciement collectif⁶.

La loi du 26 juillet 2005 a par la suite réformé le droit des procédures collectives. Elle a ainsi notamment unifié le régime des cessions décidées dans le cadre d'une procédure collective, et avec lui, celui des licenciements pour motif économique prévus par un plan de cession. Désormais, les licenciements prévus par un plan de cession sont soumis au même

¹ Loi n° 85-98, du 25 janv. 1985, préc.

² Art. L. 622-13, C. com.

³ Art. L. 622-13, VI, C. com.

⁴ Cass. soc., 5 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 367 ; RJS 1999, n° 1359.

⁵ Loi n° 89-549, du 2 août 1989, préc.

⁶ Loi n° 94-475, du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, JO du 11 juin 1994, p. 8440.

régime, que le plan soit arrêté dans la cadre d'une procédure de redressement, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de sauvegarde, créée par cette loi¹.

Depuis, est intervenue l'ordonnance du 18 décembre 2008, ratifiée par la loi du 12 mai 2009², qui a procédé à un « toilettage » de plusieurs dispositions³, lequel a omis de tenir compte de la recodification du Code du travail, nombre d'articles du Code de commerce faisant encore référence à l'ancienne codification.

Bien que l'ANI du 11 janvier 2013 soit silencieux sur le prononcé d'un grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins soumises à une procédure collective, la loi de sécurisation de l'emploi a décidé de rendre applicable dans ces entreprises, le nouveau droit des licenciements collectifs imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, moyennant quelques adaptations. Le droit des licenciements collectifs est, de longue date, aménagé en cas de procédure collective afin de tenir compte de la situation spécifique des entreprises en difficulté⁴. Ainsi, prenant en considération l'exigence de célérité induite par la situation relativement critique de l'entreprise en difficulté et la nécessité de respecter les délais conditionnant la prise en charge des créances salariales par l'AGS, la loi de sécurisation de l'emploi a adapté la procédure de consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement collectif ainsi que la procédure d'instruction administrative du projet de licenciement dans les entreprises soumises à une procédure collective. L'article L. 1233-58 du Code du travail est à ce titre le siège de la procédure spécifique dont les licenciements pour motif économique sont l'objet, en cas de procédure collective. Toutefois, l'articulation résultant de la loi du 14 juin 2013 entre l'information/consultation du comité d'entreprise, le jugement du tribunal de la procédure arrêtant un plan de redressement/cession et l'homologation/validation administrative du projet de licenciement collectif était relativement obscure et susceptible d'affaiblir l'effectivité du contrôle du projet de licenciement tant par le comité d'entreprise que par l'Administration du travail, en cours de procédure.

Saisissant l'occasion offerte par la loi du 2 janvier 2014 l'habilitant, en application de l'article 38 de la Constitution, à sécuriser et à simplifier la vie des entreprises par voie

¹ Loi n° 2005-845, du 26 juil. 2005 de sauvegarde des entreprises, JO du 27 juil. 2005, p. 12187 ; sur la procédure de sauvegarde.

² Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. JO du 19 décembre 2008, p. 19462 ; loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO du 13 mai 2009, p. 7920.

³ Expression empruntée à Patrick MORVAN, *op. préc.*, p. 849.

⁴ ANI du 11 janv. 2013, *préc.* ; loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, *préc.*

d'ordonnance et notamment à réformer le droit des entreprises en difficulté¹, le Gouvernement a modifié certaines des dispositions applicables en cas de grand licenciement collectif projeté dans une entreprise de cinquante salariés au moins soumise à une procédure collective. L'ordonnance du 12 mars 2014 est donc venue réformer les règles relatives notamment au prononcé d'un grand licenciement collectif prévu par un plan de redressement ou de cession adopté dans une entreprise de cinquante salariés au moins. Conformément à l'article 2, 8°, de la loi du 2 janvier 2014², cette ordonnance a apporté des modifications au livre VI du Code de commerce ainsi qu'au Code du travail avec « *pour objectif principal de clarifier les conditions d'application aux procédures collectives des dispositions issues de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi* »³, objectif de clarification qui est loin d'être pleinement atteint... On peut à ce titre regretter que le projet de loi de ratification déposé le 31 juillet 2014 au Sénat ne corrige pas les lacunes de l'ordonnance. En tout état de cause, les règles issues de la loi du 14 juin 2013 vont continuer à s'appliquer relativement longtemps aux procédures de grand licenciement collectif dans le cadre d'une procédure collective, dans la mesure où les dispositions de l'ordonnance du 12 mars 2014 ne seront applicables qu'aux seuls projets de licenciements envisagés dans une entreprise soumise à une procédure collective à compter du 1^{er} juillet 2014, à l'exclusion des procédures collectives dont le jugement d'ouverture est antérieur à cette date, peu important la date d'engagement de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement⁴. Enfin, le Gouvernement a profité de l'ordonnance du 26 juin 2014, portant simplification et adaptation du droit du travail⁵, pour corriger la référence erronée relative aux articles afférents à la désignation d'un expert contenue dans l'ordonnance du 12 mars 2014⁶.

¹ Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, JO du 3 janvier 2014, p. 50.

² L'article 2, 8°. de la loi du 2 janvier 2014 habilitait ainsi le gouvernement à « *adapter les textes régissant la situation de l'entreprise soumise à une procédure collective, notamment en cas de cessation totale d'activité, en harmonisant les dispositions du livre VI du code de commerce et les dispositions correspondantes du code du travail* » ; loi n° 2014-1, du 2 janv. 2014, préc.

³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO du 14 mars 2014 p. 5243, V.

⁴ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc., art. 116.

⁵ Ordon. n° 2014-699, du 26 juin 2014, portant simplification et adaptation du droit du travail, JO du 27 juin 2014, p. 10629. Cette ordonnance a été adoptée sur le fondement de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 précitée. Le projet de loi de ratification de cette ordonnance devra donc être déposé au plus tard le 27 novembre 2014, à défaut ses dispositions seront caduques (Constitution du 4 octobre 1958, art. 38 ; Loi n° 2014-1 du 2 janv. 2014, préc., art. 23).

⁶ En effet, l'ordonnance du 26 juin 2014 a corrigé les articles 54, 65 et 71 de l'ordonnance du 12 mars 2014 modifiant respectivement les articles L. 631-19, L. 641-4 et L. 642-5 du Code de commerce. Ces articles dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 contenaient en effet une référence pour le moins curieuse à l'application éventuelle des articles « *L. 2323-27 et L. 4612-8 du Code du travail relatifs au recours à un expert* », alors même que ces articles ne sont pas relatifs au recours à un expert. L'article L. 2323-27 du Code du travail porte sur l'information/consultation du comité d'entreprise concernant les incidences sur les conditions de travail des décisions de l'employeur en matière d'organisation du travail, de technologies, d'organisation du

539. Maintien quasi-total du droit commun en cas de procédure de sauvegarde. La procédure de sauvegarde instituée en 2005 s'adresse aux entreprises *in bonis* ; le recours à cette procédure est en effet réservé au débiteur qui « *sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* »¹. Le législateur de 2005 n'a pas prévu de régime dérogatoire propre aux licenciements pour motif économique projetés dans ce cadre. Les licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure de sauvegarde sont donc en principe soumis au droit commun, ce qui est pleinement logique dans la mesure où l'entreprise à l'égard de laquelle est ouverte une procédure de sauvegarde n'est pas, par définition, en cessation des paiements. Rien ne justifie dès lors le recours à un régime spécifique inspiré de ceux applicables en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. On ne peut qu'approuver l'application du droit commun du licenciement pour motif économique dans le cadre de la procédure de sauvegarde, qui permet d'éviter le risque de dévoiement de cette dernière². En effet, l'instauration d'un régime dérogatoire aurait pu amener certains employeurs peu scrupuleux à instrumentaliser la procédure de sauvegarde en y recourant dans le seul souci d'éluder le droit commun du licenciement pour motif économique afin d'accélérer le processus de réduction des effectifs, alors même que rien ne fonderait une telle éviction, l'entreprise étant en mesure, en dépit des difficultés qu'elle connaît, de faire face à son passif exigible grâce à l'actif dont elle dispose³.

Cependant et de manière assez curieuse, le législateur de 2013, qui n'est pas revenu sur l'application du droit commun du licenciement pour motif économique dans les entreprises en sauvegarde, a décidé de réduire à huit jours le délai accordé à l'Administration pour valider/homologuer le projet de licenciement et le plan de sauvegarde de l'emploi lorsque le licenciement collectif est prévu dans le cadre du plan de sauvegarde arrêté par le

temps de travail ou encore de rémunération ; information/consultation pour laquelle il bénéficie du concours du CHSCT et des avis émis par ce dernier sur lesdites décisions. Quant à l'article L. 4612-8 du Code du travail, il est pour sa part relatif à la consultation obligatoire du CHSCT avant la mise en œuvre d'un projet d'aménagement important affectant les conditions de santé et de sécurité et/ou les conditions de travail des salariés. L'ordonnance du 26 juin 2014 a substitué à cette référence erronée aux articles L. 2323-7 et L. 4612-8 du code du travail un renvoi aux articles L. 2325-35 et L. 4614-12-1 du même code portant respectivement sur la possibilité pour le comité d'entreprise et pour le(s) CHSCT ou l'instance de coordination de se faire assister par un expert dans le cadre de leur consultation sur un projet de restructuration et de compression des effectifs.

¹ Art. L. 620-1, C. com.

² En ce sens, M. HENRY, « Entreprise en difficultés et sauvegarde de l'emploi », Dr. ouv. 2007, p. 170 ; S. VERNAC, « Le droit du licenciement dans la procédure collective », RDT 2007, p. 434 ; en sens opposé V. G. TEBOUL, « Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté », LPA 2008, n° 1, p. 7 ; P. MORVAN, *op. préc.*

³ À ce titre, le rapport présenté à l'Assemblée nationale au nom de la commission des lois par Xavier de ROUX stigmatisait la crainte que la procédure de sauvegarde « ne soit utilisée comme un instrument de gestion de la masse salariale et d'éventuels sureffectifs et de sécuriser des procédures de licenciement [que certains employeurs] jugeraient trop lourdes dans le cadre du droit commun », Rapp. AN, n° 2095, par X. DE ROUX.

tribunal de la procédure en application de l'article L. 626-10 du Code de commerce¹. Pourtant, rien ne semble justifier une telle réduction du délai d'instruction puisque l'entreprise n'est pas en cessation des paiements... De ce fait, il existe un risque d'instrumentalisation de cette procédure, afin de réduire le temps laissé à l'Administration pour instruire la demande d'homologation/validation du projet de licenciement collectif qui, en revanche, est soumis au contrôle plein et entier des représentants du personnel tel que décrit dans la section qui précède. Par ailleurs, la loi de 2005 ayant unifié le régime du plan de cession, qu'il soit adopté dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, les éventuels licenciements pour motif économique envisagés par le plan de cession dans le cadre d'une procédure de sauvegarde sont, quant à eux, soumis à l'autorisation préalable du tribunal de la procédure.

Le contrôle des décisions de procéder à un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins soumise à une procédure collective est donc confié au tribunal de la procédure ou au juge-commissaire, puisque tout licenciement pour motif économique doit être judiciairement autorisé lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de l'employeur (§ 1). À ce contrôle judiciaire s'ajoute celui effectué par les représentants du personnel dans le cadre de la procédure d'information/consultation sur le projet de restructuration et de licenciement, procédure allégée par rapport au droit commun (§ 2), ainsi que celui relevant de l'Administration du travail qui doit valider/homologuer le projet de licenciement, faute de quoi les ruptures seront irrégulières (§ 3).

¹ Art. L. 1233-58, III, C. trav.

§ 1 - L'indispensable autorisation judiciaire des licenciements pour motif économique envisagés au cours d'une procédure collective.

Soucieux d'assurer la mise en œuvre de l'un de ses objectifs que constitue le maintien de l'emploi dans l'entreprise en difficulté, le droit des procédures collectives soumet à une autorisation judiciaire préalable tout licenciement pour motif économique envisagé dans une entreprise soumise à une procédure collective, autorisation qui donne lieu à un contrôle pour le moins variable selon la phase de la procédure collective où sont envisagées les ruptures (A). Cette autorisation judiciaire est ainsi censée offrir un certain gage du respect de l'objectif de sauvegarde de l'emploi et, partant, une prise en compte des intérêts des salariés dans le cadre de la procédure. Toutefois, si la protection relativement théorique de l'emploi au cours des procédures collectives réside dans la nécessaire autorisation judiciaire préalable des licenciements, cette protection est considérablement affaiblie par le fait que cette autorisation judiciaire a pour conséquence regrettable la restriction à l'excès des possibilités de recours des salariés en contestation de la rupture de leur contrat de travail (B).

A - L'autorisation judiciaire des licenciements pour motif économique dans le cadre d'une procédure collective.

Le droit des entreprises en difficulté subordonne le prononcé des licenciements pour motif économique à l'autorisation du juge-commissaire au cours de la période d'observation, ainsi qu'en cas de maintien provisoire de l'activité d'une entreprise placée en liquidation judiciaire (1). Si, dans cette hypothèse, il s'agit d'une véritable autorisation judiciaire, il n'en va pas vraiment de même en cas d'adoption d'un plan de redressement ou de cession, dans la mesure où le tribunal de la procédure entérine, plus qu'il n'autorise ou ne contrôle, les ruptures projetées par le plan de redressement établi par l'employeur ou l'administrateur, ou le plan de cession élaboré par le repreneur (2). De même, le prononcé de la liquidation judiciaire donne lieu seulement à une autorisation judiciaire implicite du fait de la disparition de l'entreprise induite par cette décision (3).

1 - Le prononcé des licenciements au cours de la période d'observation subordonné à l'autorisation du juge-commissaire.

540. Obligations préalables à la demande d'autorisation des licenciements. La période d'observation est une phase d'audit, de diagnostic au cours de laquelle vont être évaluées les chances de survie et de redressement de l'entreprise notamment par le biais du bilan économique et social établi par l'administrateur¹. Durant cette période d'analyse, ce dernier se trouve privé du droit de prononcer des licenciements pour motif économique. Ainsi, l'article L. 631-17 du Code de commerce subordonne-t-il la notification de telles ruptures à l'autorisation du juge-commissaire pendant de la période d'observation. Au cours de cette phase de la procédure, le principe est celui de la préservation des emplois indispensables à la poursuite de l'activité économique de l'entreprise, pilier de son redressement éventuel. Les licenciements pour motif économique doivent donc être exceptionnels². L'article L. 631-17 du Code de commerce pose des conditions de forme et de fond au prononcé de licenciements pour motif économique. Ce texte dispose ainsi que « *Lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation, l'administrateur peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à ces licenciements. Préalablement à la saisine du juge-commissaire, l'administrateur met en œuvre le plan de licenciement dans les conditions prévues à l'article L. 1233-58 du code du travail. Il joint, à l'appui de la demande qu'il adresse au juge-commissaire, l'avis recueilli et les justifications de ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés, ainsi que la décision de l'autorité administrative prévue à l'article L. 1233-57-4 du code du travail.* ».

L'administrateur doit donc avoir élaboré, conventionnellement ou unilatéralement, le projet de licenciement collectif, avoir mené la procédure allégée de consultation du comité

¹ Art. L. 623-1, C. com. Il convient d'indiquer que l'article L. 622-1 du Code de commerce prévoit qu'au cours de la période d'observation l'administration de l'entreprise est assurée par le débiteur, le tribunal de la procédure étant susceptible de nommer un ou plusieurs administrateurs dont il définira la mission : surveiller le débiteur ou l'assister dans ses actes de gestion. La répartition des pouvoirs entre débiteur et administrateur dépend donc de ce que le jugement d'ouverture de la procédure aura fixé. De même, il convient de distinguer le régime simplifié du régime général de la procédure collective le premier ne donnant pas lieu en principe à nomination d'un administrateur. Sur la distinction régime simplifié/régime général et la répartition des pouvoirs débiteur/administrateur, V. P. MORVAN, *op. préc.*, n° 1314 et s. Les développements de cette partie viseront l'administrateur, mais ils sont transposables au débiteur en cas de régime de simplifié.

² N. MAGGI-GERMAIN, « La dualité contentieuse tribunal de commerce – conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprises », LPA 1998, n° 96, p. 3 ; H. BLAISE, « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficultés », Dr. soc. 1985, p. 450 ; A. BOYER, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, thèse sous la dir. de D. PORACCHIA, PUAM, 2006.

d'entreprise à son terme¹, ainsi que celle du CHSCT, et avoir obtenu la validation/homologation du projet par la DIRECCTE², avant de saisir le juge-commissaire d'une demande d'autorisation de prononcer au moins dix licenciements dans une même période de trente jours au cours de la période d'observation³. L'administrateur aura donc dû au préalable avoir conclu un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi ou⁴, à défaut, élaboré à l'issue de la concertation avec le comité d'entreprise un document unilatéral fixant le contenu du plan et les conditions de mise en œuvre des licenciements⁵.

Si l'homologation/validation administrative du projet constitue une condition indispensable au prononcé des ruptures⁶, elle n'est pas suffisante. La régularité des ruptures implique leur autorisation préalable par le juge-commissaire. L'administrateur doit donc impérativement joindre à sa demande d'autorisation de licencier l'avis du comité d'entreprise sur le projet⁷ et celui du CHSCT ou de l'instance de coordination⁸, la décision de validation/homologation administrative du projet, ainsi que les justifications des diligences accomplies pour faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés, dans la mesure où l'obligation individuelle de reclassement prévue par l'article L. 1233-4 du Code du travail est un préalable obligatoire à tout licenciement pour motif économique y compris dans le cadre

¹ Sur la procédure allégée de consultation du comité d'entreprise en cas de procédure collective.

² Sur les prérogatives de l'Administration en cas de procédure collective.

³ Art. L. 631-17, C. trav. pour ce qui concerne les petits licenciements collectifs il lui appartient de consulter les représentants du personnel dans les mêmes conditions que les entreprises *in bonis* (art. L. 1233-8, C. trav. ; art. L. 1233-58, I, al. 2, 1.) et d'informer l'Administration (art. L. 1233-60, C. trav.) avant de saisir le juge-commissaire. En cas de grand licenciement collectif dans une entreprise de moins de cinquante salariés, avant de saisir le juge-commissaire, il devra également avoir informé l'Administration du travail en application de l'article L. 1233-60 du Code du travail et consulté les délégués du personnel en application de l'article L. 1233-29 du Code du travail, sachant qu'à la différence des entreprises *in bonis*, dans les entreprises soumises à une procédure collective une seule réunion est exigée au lieu de deux (art. L. 1233-58, I, al. 2, 2°, C ; trav.).

⁴ Art. L. 1233-24-1, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-24-4, C. trav. S'applique dans les entreprises soumises à une procédure collective l'option créée par l'ANI du 11 janvier 2013 et reprise par la loi de sécurisation de l'emploi entre conclure un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi et éventuellement sur les modalités de mise en œuvre des ruptures (critères de l'ordre des licenciements, nombre de ruptures, calendrier de leur prononcé, mesures de reclassement et d'adaptation) ou élaborer un document unilatéral sur le projet de licenciement collectif à l'issue de la consultation du comité. ANI du 11 janv. 2013, préc. ; loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc. La loi de sécurisation de l'emploi s'applique dans les entreprises soumises à une procédure collective, peu important la date du jugement d'ouverture (il peut être antérieur au 1^{er} juillet 2013), seul compte le fait que la procédure de licenciement ait été engagée à compter du 1^{er} juillet 2013. Une procédure de grand licenciement collectif est réputée engagée à la date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité d'entreprise mentionnée à l'article L. 1233-30 du Code du travail. Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 18-XXXIII.

⁶ Art. L. 1233-58, II, C. trav.

⁷ Étant précisé qu'en cas de procédure collective à la différence des entreprises *in bonis* le comité n'est pas réputé avoir été consulté à l'expiration des délais prévus par l'article L. 1233-30 du Code du travail ; Art. L. 1233-58, I, al. 2, 3°, C. trav.

⁸ En réalité l'article L. 631-17 du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 contenait la référence erronée aux articles L. 2323-27 et L. 4612-8 du Code du travail, erreur corrigée par l'ordonnance du 26 juin 2014, qui y a substitué un renvoi aux articles L. 2323-25 et L. 4314-12-1 du Code du travail..

d'une procédure collective. Saisi d'une telle requête, le juge-commissaire doit s'assurer que les licenciements dont l'autorisation est sollicitée reposent sur un motif économique et qu'ils présentent un caractère « *urgent, inévitable et indispensable* » ainsi que l'exige l'article L. 631-17 du Code de commerce.

Si certains craignent qu'en application des dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi, le juge-commissaire se trouve réduit à un rôle de « chambre d'enregistrement » des licenciements prévus par le projet validé/homologué par l'Administration du travail¹, tel n'est pas le cas à notre sens. Le juge-commissaire n'a aucunement « les mains liées » par la décision administrative de validation/homologation de la DIRECCTE dans la mesure où les deux autorités ne statuent pas sur les mêmes questions. La DIRECCTE n'a pas à contrôler l'existence d'un motif économique, pas plus que le caractère « *urgent, indispensable et inévitable* » des licenciements. Elle se prononce « seulement » sur le contenu du projet de licenciement collectif, notamment sur les mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi.

Ainsi, le juge-commissaire n'est nullement tenu d'autoriser le même nombre de licenciements au cours de la période d'observation que celui prévu par le projet homologué/validé par la DIRECCTE. L'instruction du 19 juillet 2013 rappelle à ce titre que l'ordonnance du juge-commissaire peut autoriser un nombre de licenciements différent de celui prévu par le projet validé/homologué par la DIRECCTE, à l'exclusion d'un nombre supérieur cela va de soi². En effet, l'Administration du travail peut avoir validé/homologué un projet de licenciement prévoyant un certain nombre de licenciements dont une partie seulement présente un caractère urgent, inévitable et indispensable. Dans une telle hypothèse, seuls les licenciements autorisés par le juge-commissaire pourront être valablement prononcés par l'employeur ou l'administrateur.

541. Contrôle judiciaire du caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements. Saisi d'une demande d'autorisation de prononcer des licenciements pour motif économique au cours de la période d'observation, le juge-commissaire doit donc s'assurer d'une part que les ruptures envisagées reposent sur un motif économique tel que défini par

¹ D. JACOTOT, « Le traitement des difficultés de l'entreprise à l'épreuve de la loi sur la sécurisation de l'emploi », Bull. Joly ent. en diff. 2013, p. 325 ; D. JACOTOT, « Les apports de la loi de sécurisation de l'emploi applicables aux entreprises en difficultés », Rev. des proc. coll. 2013, n° 5, étude 24 ; L. DRIGUEZ, « Licenciements économiques et procédures collectives : une nouvelle articulation gage de sécurisation ? », Dr. soc. 2013, p. 995.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

l'article L. 1233-3 du Code du travail ; et d'autre part et surtout, que ces licenciements présentent bien un caractère « *urgent, inévitable et indispensable* » conformément à l'article L. 631-17 du Code de commerce. En effet, soucieux de préserver l'emploi en dépit de la situation relativement critique de l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté subordonne le prononcé de licenciements pour motif économique au cours de la période d'observation à leur stricte nécessité pour assurer la pérennité de l'entreprise¹. À ce stade de la procédure où aucun diagnostic des chances de redressement de l'entreprise n'a encore été définitivement établi, les licenciements pour motif économique ne seront autorisés que si la survie de l'entreprise en dépend. D'une certaine manière, le caractère d'ultime remède de licenciement pour motif économique resurgit dans le domaine des procédures collectives, puisque seuls les licenciements pour motif économique présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable pourront être autorisés. Le prononcé de ruptures au cours de la période d'observation est ainsi soumis à la démonstration de leur impérieuse nécessité sur laquelle le juge-commissaire doit fonder sa décision d'autorisation. S'il n'est astreint à aucune condition de délai pour statuer sur la demande, dans la mesure où les licenciements susceptibles d'être autorisés doivent être urgents, c'est à l'aune de cette urgence appréciée *in concreto* que le juge-commissaire rendra avec plus ou moins de célérité sa décision. C'est donc au vu des éléments fournis par l'administrateur à l'appui de sa demande et notamment des documents comptables et de l'avis des représentants du personnel, qu'il appréciera le caractère urgent, inévitable et indispensable des ruptures dont l'autorisation est sollicitée.

La loi ne définit pas les caractères « *urgent, inévitable et indispensable* ». Ainsi, seuls la jurisprudence, rare en ce domaine, et les débats parlementaires relatifs à la loi du 25 janvier 1985 sont susceptibles d'éclairer ce triptyque conditionnant l'autorisation judiciaire des ruptures². Il ressort des débats parlementaires que l'incapacité de faire face aux créances salariales ne saurait suffire à rendre les licenciements urgents, inévitables et indispensables ce qui est on ne peut plus logique. En effet, retenir la position inverse ferait des licenciements pour motif économique le principe pendant la période d'observation, et non plus l'exception, en ce que la plupart des entreprises en difficulté, par définition en cessation des paiements, sont le plus souvent dans l'impossibilité de faire face aux créances salariales. En outre, il a été précisé au cours des débats que « les critères exigés [doivent] être analysés par rapport à la productivité de l'entreprise et l'origine des difficultés. [Ce dont il se déduit que], si la

¹ J.-M. SPORTOUCH, « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaires », Dr. soc. 1992, p. 787.

² Loi n° 85-98, 25 janv. 1985, préc.

productivité est efficiente et que la cause des difficultés trouve son origine, non pas dans un sureffectif, mais dans la perte d'un client, une hausse des prix des matières premières ou encore une variation des taux, les licenciements ne [peuvent] être qualifiés d'urgents et inévitables. Dans ce cas, il [convient] de rechercher d'autres mesures pour traverser la crise et de garder le personnel au complet »¹.

Par ailleurs, il a été jugé que l'urgence et le caractère indispensable des licenciements ne s'appréciaient pas seulement dans le cadre du plan de redressement puisque le but de l'autorisation judiciaire est d'assurer l'exécution de mesures immédiates en vue d'élaborer ce plan pour éviter que le différé de ces mesures ne compromette de manière irréversible la survie de l'entreprise². En effet, l'exigence d'urgence et l'impérativité absolue des ruptures révélées par les qualificatifs « inévitable » et « indispensable » illustrent la volonté du législateur de réserver l'autorisation judiciaire aux seuls licenciements qui, faute d'être prononcés par l'administrateur, réduiraient quasiment à néant les chances de redressement, et partant, de survie de l'entreprise. Pour être autorisés par le juge-commissaire, ces licenciements se doivent d'être strictement nécessaires au sauvetage de l'entreprise.

Pour autant, il convient de ne pas se leurrer, la protection censée être assurée par la subordination de l'autorisation de licenciement à la démonstration de leur caractère urgent, inévitable et indispensable est en pratique extrêmement relative. En effet, certains auteurs stigmatisent le peu de rigueur avec laquelle les juges-commissaires apprécient ces critères³. Influencés par la situation de crise dans laquelle se trouve l'entreprise, ils sont le plus souvent enclins à autoriser les ruptures sollicitées sans véritablement s'assurer de la réunion des trois critères. Le souci de ne pas aggraver la situation financière de l'entreprise en imposant le maintien des contrats de travail et partant le versement des salaires peut influencer sur la décision d'autoriser les licenciements, autorisation qui ne manquera pas non plus d'être influencée par la validation/homologation administrative préalable du projet de licenciement. S'il n'est guère difficile en pratique d'obtenir cette autorisation, il appartient tout de même juge-commissaire, du moins en théorie, de n'autoriser que les licenciements strictement indispensables au redressement de l'entreprise.

¹ Cité par A. BOYER, th. préc., n° 19.

² T. com. Melun, 7 mai 1987, Gaz. pal. 1987, 2, somm. 313. que De même, il a pu être décidé que « la vitesse de dégradation de la situation financière de l'entreprise en l'espace de quelques mois » était de nature à justifier l'autorisation délivrée par le juge-commissaire de licencier près d'un tiers du personnel. En ce sens T. com. Versailles, 17 nov. 1986, Rev. proc. coll. 1987, n° 9, p. 33, obs. P. LANGLOIS.

³ En ce sens, A. BOYER, th. préc., n° 21 ; N. MAGGI-GERMAIN, art. préc.

542. Contenu de l'ordonnance. Dès lors que le juge-commissaire s'est assuré de la réunion des critères posés par L. 631-17 du Code de commerce, il autorise le prononcé des licenciements en statuant par voie d'ordonnance motivée. Cette ordonnance indique le nombre de salariés dont le licenciement pour motif économique est autorisé, ainsi que les activités et les catégories professionnelles concernées¹ ; de ce point de vue le juge-commissaire peut estimer que seuls certains des licenciements prévus dans le projet validé/homologué par l'Administration présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable et ainsi décider d'autoriser un nombre de ruptures inférieur à celui prévu dans le projet validé². En tout état de cause, l'autorisation délivrée par le juge-commissaire est « abstraite » en ce qu'il se contente d'autoriser le principe d'un licenciement collectif, l'ordonnance ne devant en aucun cas contenir une liste nominative des salariés dont le licenciement est autorisé³. Une telle liste serait en tout état de cause dépourvue d'effet⁴. Il appartient en effet à l'administrateur, une fois l'autorisation acquise, de désigner les salariés licenciés en application des critères de l'ordre des licenciements⁵.

543. Mise en œuvre des licenciements pour motif économique. Une fois l'autorisation du juge-commissaire acquise, ce qui suppose également que le projet de licenciement ait été au préalable homologué/validé par la DIRECCTE⁶, l'administrateur est en mesure de notifier les licenciements à la condition que le reclassement du salarié sur un emploi correspondant à ses compétences soit impossible dans l'entreprise, ou dans celles du groupe avec lesquelles la permutation de tout ou partie du personnel est envisageable. En effet, si le droit commun du licenciement pour motif économique est écarté, subsistent en revanche les obligations de reclassement et d'adaptation préalables au licenciement qui ne font pas l'objet d'un traitement spécifique dans le cadre des procédures collectives.

544. Auteur du licenciement. En phase de redressement judiciaire, la nomination d'un administrateur n'emporte pas automatiquement dessaisissement du débiteur, *id est* de l'employeur. Pour autant, au-delà de sa mission telle que définie au cas par cas par le tribunal

¹ Art. R. 631-26, C. com.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

³ Cass. soc., 18 juin 1997, Bull. civ. V, n° 226 ; Dr. soc. 1997, p. 983, obs. R. VATINET ; Rev. proc. coll. 1997, p. 352, obs. F. TAQUET.

⁴ Cass. soc., 27 oct. 1998, JCP E 1999, n° 44-45, p. 1773, obs. P. COURSIER ; Cass. soc., 5 oct. 2004, Bull. civ. V, n° 244.

⁵ Art. L. 1233-5, C. trav.

⁶ Art. L. 631-17, C. com.

de la procédure, la loi attribue à l'administrateur des pouvoirs qui lui sont propres, parmi lesquels celui de prononcer les licenciements autorisés par le juge-commissaire. Rompre les contrats de travail pour motif économique au cours de la période d'observation après autorisation du juge-commissaire est donc une prérogative qui appartient en propre à l'administrateur¹. S'il est seul légalement habilité à prononcer les ruptures pour motif économique, « *la circonstance que le licenciement prononcé au visa de cette ordonnance ait été notifié par le débiteur, au lieu de l'administrateur, ne suffit pas à le priver de cause réelle et sérieuse mais ouvre droit à indemnisation pour inobservation de la procédure* »². Cette solution, indéniablement opportune, peut de prime abord surprendre tant du point de vue du droit des entreprises en difficulté que du droit du travail. En effet, le débiteur n'ayant pas le pouvoir de prononcer les licenciements lorsqu'un administrateur est nommé, il ne saurait valablement user d'une prérogative dont la loi le prive expressément au profit de l'administrateur. Or, ces dispositions légales étant d'ordre public, cet empiètement pourrait, selon certains auteurs, être sanctionné par la nullité³.

Si la Cour de cassation a pu décider dans un arrêt isolé et non publié que « *l'absence de qualité à agir du signataire d'une lettre de licenciement constitue une irrégularité de fond qui rend nul le licenciement* »⁴, elle est depuis revenue sur cette position en décidant que « *l'absence de pouvoir du signataire de la lettre de licenciement prive le licenciement de cause réelle et sérieuse* »⁵. Pour autant, elle ne transpose pas ce principe au licenciement notifié par le débiteur en lieu et place de l'administrateur qui donne seulement lieu à indemnisation pour non-respect de la procédure⁶, et ce, y compris lorsque le contrat de travail a été rompu par l'acceptation d'une convention de reclassement personnalisé⁷, aïeule du contrat de sécurisation professionnelle. En dépit de sa relative incongruité juridique, cette solution ne peut qu'être approuvée dans la mesure où comme le souligne Gilles AUZERO « il serait, pour le moins, excessif d'affirmer que la notification des licenciements par

¹ Art. L. 631-17, C. com.

² Cass. soc., 11 juin 2008, Bull. civ. V, n° 131 ; G. AUZERO, « Le fait que le licenciement économique soit notifié par le débiteur en redressement judiciaire ne suffit pas à le priver de cause réelle et sérieuse », *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 310, 26 juin 2008, N° N3739BGL.

³ En ce sens, G. AUZERO, art. préc.

⁴ Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 02-47.619, inédit.

⁵ Cass. soc., 30 sept. 2010, Bull. civ. V, n° 208 ; Cass. soc., 2 mars 2011, Bull. civ. V, n° 58 ; JCP S 2011, 1213, obs. H. GUYOT.

⁶ Cass. soc., 11 juin 2008, préc.

⁷ Cass. soc., 17 déc. 2013, n° 12-23.726, à paraître au Bulletin, JCP S 2014, 1126, note G. FRANCOIS.

l'administrateur a trait aux garanties de fond dont bénéficie le salarié, ou (...), relève de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse »¹.

En réalité, ce qui importe véritablement est le fait que les licenciements pour motif économique soient urgents, inévitables et indispensables, et qu'ils aient à ce titre été autorisés par le juge-commissaire. Leur notification par le débiteur en lieu et place de l'administrateur ne constitue qu'un vice de forme sanctionné par des dommages et intérêts appréciés par les juges du fond au regard de l'étendue du préjudice subi par le salarié du fait de la méconnaissance de la procédure². La différence de traitement du licenciement notifié par une personne n'ayant pas qualité pour ce faire selon que l'on est en présence d'une entreprise *in bonis* ou non s'explique, à n'en pas douter, par des considérations d'opportunité et le contexte particulier des procédures collectives. En effet, si la nullité du licenciement ou, à tout le moins, l'absence de cause réelle et sérieuse semblent juridiquement plus appropriées pour sanctionner l'absence de qualité à agir du signataire de la lettre de licenciement, ces sanctions seraient particulièrement inopportunes dans le cadre d'une entreprise en difficulté en ce qu'elles impliqueraient des remises en état et/ou des indemnisations relativement élevées qu'il reviendrait à l'AGS de couvrir du fait de l'insolvabilité de l'entreprise.

545. Notification du licenciement. Soucieux de prendre en compte l'exigence de célérité induite par la situation relativement critique de l'entreprise et par la nécessité de prononcer les licenciements en respectant les délais imposés pour la prise en charge des créances salariales par l'AGS³, le législateur a écarté dans le cadre des procédures collectives les délais auxquels est assujéti l'employeur *in bonis* pour notifier les ruptures⁴. L'article L. 1233-59 du Code du travail exclut à ce titre explicitement l'application de l'article L. 1233-15 du Code du travail. Dans la mesure où les licenciements prononcés au cours de la période d'observation doivent présenter un caractère urgent, l'administrateur peut notifier les ruptures par lettre recommandée avec accusé de réception une fois acquise l'ordonnance du juge-commissaire et, avant elle, l'homologation/validation du projet de licenciement⁵. Si la Cour

¹ G. AUZERO, art. préc.

² Cass. soc., 17 déc. 2013, préc.

³ Art. L. 3253-8 C. trav.

⁴ Art. L. 1233-1 et L. 1233-39 C. trav.

⁵ Il convient d'indiquer que lorsque le projet de licenciement collectif n'est pas soumis à l'exigence d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'administrateur doit respecter la procédure de licenciement qu'il peut commencer à mettre en œuvre sans attendre l'ordonnance. L'entretien préalable peut ainsi avoir lieu avant que le juge ne se soit prononcé (Cass. soc., 18 juin 1997, préc.). L'administrateur en convoquant le salarié à entretien préalable dès avant la délivrance par le juge-commissaire de l'autorisation anticipe cette dernière permettant ainsi d'accélérer la procédure de licenciement ce qui est de nature à favoriser le redressement de l'entreprise. En revanche, la lettre

de cassation est intransigeante sur l'exigence d'une lettre recommandée avec accusé de réception pour notifier la rupture¹, elle fait montre de souplesse s'agissant de la motivation de cette dernière. Ainsi, si les lettres de licenciement pour motif économique dans les entreprises *in bonis* doivent mentionner la cause économique et son incidence sur l'emploi, lorsque la rupture est prononcée sur autorisation du juge-commissaire pendant la période d'observation, l'exigence de motivation est réduite à son strict minimum : le visa de l'ordonnance. Est ainsi suffisamment motivée la lettre de licenciement qui vise l'ordonnance du juge-commissaire autorisant le licenciement². En revanche, sans ce visa le licenciement sera déclaré sans cause réelle et sérieuse³.

546. *Respect des statuts protecteurs.* Si le droit commun des licenciements pour motif économique est écarté dans le cadre d'une procédure collective, les dispositions protectrices offertes à certains salariés doivent pour leur part être respectées par l'administrateur en application de l'article L. 1231-2 du Code du travail. Ainsi, il ne peut prononcer le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé sans avoir obtenu, non seulement l'autorisation du juge-commissaire, mais également celle de l'inspecteur du travail et recueilli, le cas échéant, l'avis du comité d'entreprise⁴. Si, sur la base de l'ordonnance du juge-commissaire et une fois mis en œuvre les critères de l'ordre des licenciements, l'administrateur envisage de licencier un salarié protégé, il devra donc solliciter l'autorisation de l'inspection du travail pour rompre le contrat de l'intéressé. Si pendant de nombreuses années le Conseil d'État estimait qu'il appartenait à l'inspecteur du travail non seulement de s'assurer que le licenciement était sans rapport avec les fonctions représentatives ou l'appartenance syndicale du salarié, mais aussi que la situation de l'entreprise justifiait la rupture et que le reclassement de l'intéressé s'avérait impossible, la haute juridiction administrative a infléchi cette jurisprudence afin d'éviter tout risque de contradiction entre la position du juge-commissaire et celle de l'inspecteur du travail s'agissant de l'existence d'un motif économique réel et sérieux. Dans un arrêt du 3 juillet 2013, le Conseil d'État affirme l'inspecteur du travail ne

de licenciement ne peut être notifiée au salarié qu'après obtention de l'ordonnance autorisant la rupture pour motif économique (Cass. soc., 3 mai 2001, Bull. civ. V, n° 151 ; Cass. soc., 11 juil. 2000, Act. proc. coll. 2000, n° 213 ; Cass. soc., 6 juil. 1999, Bull. civ. V, n° 329.)

¹ Cass. soc., 2 juil. 2003, n° 01-40.521, inédit.

² Cass. soc., 5 mai 1998, Bull. civ. V, n° 217 ; Rev. proc. coll. 1999, n° 5, p. 224, obs. F. TAQUET ; Cass. soc., 4 juin 2003, Rev. proc. coll. 2003, p. 246, obs. F. TAQUET ; Cass. soc., 31 mars 2004, Rev. proc. coll. 2004, p. 392, obs. F. TAQUET.

³ Cass. Ass. pl., 24 juin 2003, Bull. A. P., n° 1 ; Cass. soc., 12 juil. 2010, Bull. civ. V, n° 169 ; Rev. proc. coll. 2010, comm. 191, obs. F. TAQUET.

⁴ Art. L. 2411-1 et s., C. trav.

peut contrôler l'existence d'un motif économique réel et sérieux fondant le prononcé de la rupture puisque l'existence d'un tel motif est attestée par l'ordonnance du juge commissaire¹. L'inspecteur du travail doit donc seulement s'assurer que les exigences procédurales légales et des garanties conventionnelles ont été respectées, que le licenciement du salarié protégé n'est pas en lien avec le mandat du salarié, que la suppression de son poste est réelle, et qu'elle a été autorisée par le juge-commissaire, qu'il a bien été satisfait à l'obligation de reclassement, et qu'aucun motif d'intérêt général ne s'oppose à ce que l'autorisation soit accordée². Il n'autorisera le licenciement du salarié protégé que si l'ensemble de ces conditions est réuni. Ce n'est donc que muni de la double autorisation, judiciaire et administrative, que l'administrateur pourra prononcer le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé au cours de la période d'observation.

De même, les protections spécifiques accordées à certains travailleurs tels que les salariés victimes de la réalisation d'un risque professionnel ou les femmes enceintes subsistent dans le contexte des procédures collectives. À cet égard, l'administrateur ne saurait prononcer le licenciement d'une salariée pendant son congé maternité³, ou pendant la période de suspension du contrat consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle, le licenciement de ces salariés ne pouvant être fondé que sur une faute grave ou l'impossibilité de maintenir leur contrat, impossibilité qu'un motif économique ne suffit à caractériser⁴.

Salarié protégé ou « ordinaire », ne pourront en tout état de cause faire l'objet d'un licenciement pour motif économique pendant la période d'observation, qu'à la stricte condition que le juge-commissaire ait rendu une ordonnance en ce sens. Si la protection de l'emploi des salariés au cours de la période d'observation réside dans l'autorisation judiciaire de leur licenciement, cette protection n'est que très relative eu égard au laxisme dont font preuve les juges-commissaires qui ne se livrent pas véritablement à un strict contrôle du caractère « *urgent, inévitable, et indispensable* » des ruptures. La protection de l'emploi des salariés se trouve encore davantage amoindrie lorsqu'est adopté un plan de cession et/ou de redressement de l'entreprise, dans la mesure où, dans cette hypothèse, il n'y a pas de réel

¹ CE, 4^{ème} et 5^{ème} ss-sect. réunies, 3 juil. 2013, n° 361066, mentionné dans les tables du Recueil Lebon ; Lettre d'actu. des proc ; coll. civ. et com., n° 20, déc. 2013, repère 290, par D. JACOTOT.

² CE, 4^{ème} et 5^{ème} ss-sect. réunies, 3 juil. 2013, n° 361066, préc.

³ Art. L. 1225-4 C. trav. ; Cass. soc., 19 mars 2008, Bull. civ. V, n° 69, relatif à un licenciement prononcé dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

⁴ Art. L. 1226-9, C. trav. ; Cass. soc., 28 janv. 1998, Bull. civ. V, n° 27.

contrôle judiciaire de la décision de licencier, en ce que le tribunal de la procédure se contente d'entériner les ruptures prévues dans le plan, sans réellement se livrer à un quelconque contrôle de leur nécessité.

2 - La pseudo-autorisation judiciaire des licenciements prévus par un plan de redressement ou de cession.

547. Contenu des projets de plan. Au cours de la période d'observation, pendant laquelle est appréciée la viabilité économique de l'entreprise, l'administrateur et le débiteur doivent rechercher les solutions permettant de répondre aux trois finalités du redressement judiciaire : le maintien de l'activité de l'entreprise, celui des emplois, et l'apurement du passif. Pour ce faire, trois alternatives sont envisageables : adopter un plan de redressement répondant à ce triple objectif, procéder à la cession de l'entreprise en difficulté, ou adopter un plan de continuation assorti d'une cession partielle de l'activité. Sous l'empire des dispositions antérieures à l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 631-22 du Code de commerce disposait qu'« *À la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement* », désormais cet article énonce qu'« *À la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le ou les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans.* »¹. Les projets de plan de redressement et de cession doivent exposer et justifier le niveau et les perspectives d'emploi². Le plan de redressement doit en outre indiquer les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité et, s'il prévoit des licenciements pour motif économique, rappeler les mesures déjà intervenues et définir les actions à entreprendre en vue de faciliter le

¹ Art. L. 631-22, C. com. Pour mémoire, l'ordonnance du 12 mars 2014 n'est applicable qu'aux procédures de redressement ouvertes à compter du 1^{er} juillet 2014. La cession a également pour but d'assurer le maintien des activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif (art. L. 642-1, al. 1^{er}, C. com.). Il convient d'indiquer que l'article L. 631-13 du Code de commerce autorise les tiers à proposer des offres de reprise dès le prononcé du jugement d'ouverture ; la cession totale de l'entreprise peut donc intervenir dans le cadre du redressement judiciaire, mais aussi dans le cadre de la procédure de sauvegarde, ou en cas de liquidation, le régime des cessions ayant été unifié par la loi du 26 juillet 2005 précitée.

² Art. L. 626-2, C. com. applicable au plan de sauvegarde est également applicable au plan de redressement en application du renvoi opéré par l'article L. 631-19, I, du Code de commerce ; art. L. 642-2, C. com. pour le plan de cession.

reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé¹. Le projet de plan de redressement ou de cession doit donc envisager l'évolution prévisible des effectifs nécessaires au sauvetage de l'entreprise. Cet impératif, qui prime la sauvegarde de l'emploi et l'apurement du passif, implique le plus souvent le prononcé de licenciements pour motif économique indispensables à la survie et au maintien de l'activité de l'entreprise². La décision d'envisager un licenciement collectif et l'ampleur de ce dernier résultent donc des propositions de l'administrateur dans le cadre d'un plan de redressement, ou du repreneur en présence d'un plan de cession, voire des deux en cas de continuation de l'activité assortie d'une cession partielle.

548. Consultation des représentants du personnel et information de l'Administration du travail. Avant que le plan de redressement ou de cession ne puisse être arrêté par le tribunal de la procédure, l'administrateur doit avoir informé l'Administration du travail en application de l'article L. 1233-60 du Code du travail. Pour ce qui concerne la mise en œuvre de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel, il convient de distinguer selon que le projet de plan de redressement ou de cession prévoyant des licenciements pour motif économique est élaboré dans le cadre d'une procédure collective ouverte avant ou après le 1^{er} juillet 2014, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014³.

549. Chronologie applicable aux projets de licenciements soumis aux dispositions antérieures à l'ordonnance du 12 mars 2014. Si le projet de licenciement collectif est soumis au droit antérieur à cette ordonnance, l'administrateur ou le liquidateur doit simplement avoir commencé à mettre en œuvre la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise relative au projet de restructuration et au projet de grand licenciement collectif, ainsi que celle du CHSCT. Ainsi, à la différence des licenciements autorisés par le juge-commissaire au cours de la période d'observation, lorsqu'un projet de plan de redressement ou de cession est en élaboré, si l'administrateur doit mettre en œuvre la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise, il n'est pas indispensable que celle-ci soit achevée avant que le tribunal n'arrête le plan prévoyant des ruptures pour motif économique, ce qui est opportun, notamment lorsque plusieurs offres de reprises sont proposées. En effet, dans de telles

¹ Art. L. 631-19, C. com.

² En ce sens, A. BOYER, th. préc., n° 24.

³ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc., art. 116.

circonstances, le tribunal doit retenir l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi, le paiement des créanciers, et qui présente les meilleures garanties d'exécution¹. La préservation de l'emploi est donc nécessairement prise en compte par le tribunal de la procédure pour arrêter son choix, c'est l'une des finalités de la cession². L'utilité de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise implique donc qu'il puisse se prononcer sur le plan définitivement arrêté par le tribunal. De ce point de vue, il nous semble ainsi préférable de commencer la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet de plan de redressement ou les divers plans de cession, puis, une fois rendu le jugement du tribunal arrêtant le plan, de procéder à la consultation du comité sur le projet de licenciement collectif prévu par le plan définitivement arrêté. Si cette chronologie nous semble être la seule à même d'assurer réellement l'effectivité et l'utilité de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de grand licenciement collectif et notamment sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, elle est remise en cause par l'ordonnance du 12 mars 2014³.

550. Chronologie issue des dispositions de l'ordonnance du 12 mars 2014⁴. Les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce dans leur rédaction issue de cette ordonnance disposent que le plan de redressement ou de cession ne peut être arrêté par le tribunal qu'une fois la procédure d'information/consultation des représentants du personnel mise en œuvre et, vraisemblablement, close. En effet, ces textes prévoient désormais que « *L'avis du comité d'entreprise et, le cas échéant, l'avis du comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail et de l'instance de coordination sont rendus au plus tard le jour ouvré avant l'audience du tribunal qui statue sur le plan.* ». Ainsi, concernant les projets de licenciement collectif envisagés dans le cadre de plans de redressement/cession élaborés dans une entreprise soumise à une procédure collective ouverte à compter du 1^{er} juillet 2014, la consultation des représentants du personnel doit-elle être achevée avant que le tribunal ne statue sur le sort de l'entreprise et n'arrête le plan autorisant les licenciements. À notre sens cette chronologie affaiblit l'effectivité du droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants, en ce qu'elle amoindrit le rôle du

¹ Art. L. 642-5, C. com. De même, si la cession partielle prend la forme d'une location-gérance, le choix du locataire-gérant doit être celui de la personne qui a présenté l'offre d'acquisition permettant dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi et le paiement des créanciers, art. L. 642-13, C. com.

² En ce sens, C. CALOMILI et C. GATTO, « Les licenciements économiques dans les plans de cession », LPA 2008, n° 239, p. 8.

³ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc.

⁴ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc.

comité d'entreprise, s'agissant du contrôle du projet de licenciement collectif et notamment du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. En effet, une telle articulation implique qu'il devra se prononcer sur un hypothétique projet de plan alors même que le projet de licenciement collectif ne sera arrêté qu'après qu'il aura été consulté¹.

551. Homologation/validation postérieure au jugement arrêtant le plan. Pour ce qui concerne l'articulation entre jugement arrêtant le plan et intervention de la DIRECCTE, celle-ci n'a pas été modifiée par l'ordonnance du 12 mars 2014. Ainsi, à la différence de l'autorisation des licenciements au cours de la période d'observation, si l'autorité administrative doit avoir été informée du projet de licenciement, ce n'est qu'une fois le plan de redressement/cession arrêté que la DIRECCTE pourra être saisie d'une demande d'homologation/validation du projet de licenciement élaboré en application du plan arrêté. L'homologation/validation administrative est indispensable pour que l'administrateur puisse notifier les ruptures, à peine d'irrégularité². Si, en application du droit antérieur à l'ordonnance du 12 mars 2014, la clôture de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise et la validation/homologation du projet peuvent avoir lieu une fois le plan arrêté par le tribunal, la procédure d'information/consultation du comité doit en tout état de cause avoir été ouverte et l'information de la DIRECCTE réalisée au cours de l'élaboration du plan de redressement, ou au fur et à mesure de la réception des offres de reprise prévoyant des licenciements.

Avant que le plan de cession ou de redressement ne soit arrêté³, non seulement l'administrateur doit avoir mis en œuvre la procédure d'information/consultation des

¹ Nous développerons ultérieurement de manière plus approfondie l'articulation entre la procédure d'information/consultation des représentants du personnel et le déroulement de la procédure collective et des décisions judiciaires « autorisant » les licenciements.

² Art. L. 1233-58, C. trav.

³ Art. L. 631-19, C. com. pour le plan de redressement et art. L. 642-5, C. com. pour le plan de cession. À ce titre l'article R. 631-6 du Code de commerce n'a pas été actualisé par la loi de sécurisation de l'emploi. Non seulement cet article fait encore référence à l'ancienne codification du Code du travail, ce qui était le cas des articles L. 631-17, L. 631-19, L. 341-4 et L. 642-5 du Code de commerce jusqu'à l'intervention de la loi de sécurisation de l'emploi, mais surtout ses dispositions n'ont pas été adaptées à la nouvelle réglementation du prononcé d'un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins. En effet, il dispose que « *Lorsqu'en application du II de l'article L. 631-19 l'administrateur ou le débiteur prévoit dans son projet de plan des licenciements pour motif économique, il joint au rapport déposé au greffe ou il produit à l'audience les documents suivants :*

1° *Le procès-verbal des délibérations du comité d'entreprise ou des délégués du personnel consultés en application de l'article L. 321-9 du code du travail ;*

2° *La copie de la lettre informant l'autorité administrative, en application de l'article L. 321-8 du code du travail, du projet de licenciement.*

Le jugement arrêtant le plan indique le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées. » Toutefois, dans la mesure où l'information/consultation du comité ne sera pas achevée avant l'adoption du plan, l'administrateur ne pourra joindre les délibérations du

représentants du personnel et l'avoir achevée si le projet de licenciement est soumis aux dispositions de l'ordonnance du 12 mars 2014, mais au surplus et en tout état de cause, le tribunal de la procédure ne peut arrêter le plan qu'après avoir entendu ou dûment appelé le représentant du comité d'entreprise afin qu'il exprime l'avis du comité au cours de l'audience à l'issue de laquelle il sera statué sur le sort de l'entreprise¹.

552. *Autorisation implicite ou simple ratification ?* Lorsqu'il arrête le plan de redressement ou de cession envisageant le prononcé de licenciements pour motif économique, le tribunal de la procédure autorise implicitement les licenciements prévus par le plan de redressement élaboré par l'administrateur et/ou l'offre de reprise formulée par le repreneur. En effet, le tribunal se contente en réalité d'entériner la décision de l'administrateur déterminant le nombre de licenciements pour motif économique qu'il estime nécessaire au succès du plan de redressement, ou celle du cessionnaire fixant le nombre de contrats de travail qu'il entend poursuivre par-delà la cession. À l'inverse du juge-commissaire, le tribunal de la procédure ne dispose d'aucun critère légal pour apprécier le bien-fondé des ruptures envisagées par les projets de plan. Il est en quelque sorte réduit au rôle de « chambre d'enregistrement » des projections sociales du débiteur ou du cessionnaire. À aucun moment il n'est exigé que les licenciements pour motif économique revêtent un quelconque caractère d'ultime remède qu'il appartiendrait au tribunal d'apprécier. Ce n'est donc pas ce dernier qui décide lui-même d'ordonner ou de prononcer des licenciements, ni même simplement de les autoriser ; il se borne aux termes de la loi à arrêter un plan qui prévoit des ruptures pour motif économique².

À ce titre, le jugement arrêtant le plan de redressement doit, à l'instar de l'ordonnance du juge-commissaire, indiquer le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées³. Il ne peut en aucun cas dresser de liste nominative des salariés dont le licenciement est autorisé ; une telle liste serait dépourvue d'effet⁴. Il convient d'indiquer que les licenciements autorisés par le tribunal dans le cadre

comité d'entreprise dont l'utilité de la consultation suppose une réunion sur le projet de licenciement une fois le plan arrêté.

¹ Art. L. 642-5, al. 1^{er}, C. com pour la cession et L. 626-9 applicable au plan de sauvegarde est également applicable au plan de redressement en application du renvoi opéré par l'article L. 631-19, I, du Code de commerce.

² En ce sens, Y. CHAGNY, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté - Le sort des contrats de travail », RJS 11/99, p. 819

³ Art. R. 631-36, C. com.

⁴ Cass. soc., 26 juin 1991, Bull. civ. V, n° 328 ; Cass. soc., 16 mars 1999, Bull. civ. V, n° 116.

d'un plan de cession constituent une dérogation légale à la règle d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail imposant le maintien des contrats avec le repreneur par-delà la cession.

553. Notification des licenciements par l'administrateur. Bien que le jugement arrêtant le plan ne constitue pas une véritable autorisation judiciaire de licencier, il appartient à l'administrateur de prononcer les ruptures visées par le jugement dans le délai d'un mois au cours duquel il doit avoir obtenu la validation/homologation administrative du projet de grand licenciement collectif, sans laquelle, les ruptures seraient irrégulières¹. Pour mémoire, la notification des ruptures doit intervenir dans ce délai d'un mois qui constitue la condition *sine qua non* de la prise en charge des créances salariales par l'AGS ; le dernier alinéa des articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce précisant respectivement en cas d'adoption de plan de redressement et de cession que, lorsque le licenciement concerne un salarié bénéficiant d'une protection particulière en matière de licenciement, ce délai d'un mois après le jugement est celui dans lequel l'intention de rompre doit être manifestée. En effet, les statuts protégeant certains salariés contre le licenciement ne sont pas écartés en cas d'adoption d'un plan de redressement ou de cession². À ce titre, l'administrateur est tenu de saisir l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement pour les salariés investis d'un mandat. Ainsi, afin d'assurer la garantie par l'AGS des créances résultant de la rupture du contrat d'un salarié protégé, tout en tenant compte, une fois le plan arrêté et le projet de licenciement validé/homologué, de l'obligation d'obtenir l'autorisation administrative de le licencier, le Code de commerce prévoit qu'il suffit que l'administrateur ait manifesté l'intention de rompre le contrat au cours du délai d'un mois pour que l'AGS soit tenue de prendre en charge les créances salariales liées au licenciement. À cet égard, une telle manifestation de volonté est caractérisée lorsque l'administrateur a, au cours du délai d'un mois, convoqué le salarié à entretien préalable³, ou qu'il a sollicité l'autorisation de rompre le contrat du salarié protégé auprès de l'inspection du travail dans ce délai⁴. De ce point de vue, outre le jugement arrêtant le plan de redressement ou de cession, la lettre de licenciement du salarié protégé devra également mentionner l'autorisation de l'inspecteur du travail.

¹ Art. L. 1233-58, II, *in fine*, C. trav.

² Art. L. 1231-2, C. trav.

³ Cass. soc., 8 fév. 2012, Bull. civ. V, n° 62 ; RJS 2012, n° 346 ; JCP S 2012, 1153, obs. L. FIN-LANGER.

⁴ Cass. soc., 6 juin 2007, Bull. civ. V, n° 92 ; Dr. soc. 2007, p. 984, obs. C. RADÉ ; JCP S 2007, 1761, obs. T. LAHALLE ; arrêt relatif au délai de 15 jours pour rompre les contrats après le prononcé de la liquidation judiciaire, transposable à notre sens au délai d'un mois après adoption du plan de redressement ou de cession.

Par ailleurs, dans la mesure où, en application de l'article L. 1231-2 du Code du travail, l'administrateur est tenu de respecter les statuts protecteurs accordés à certains salariés, s'il veut rompre le contrat d'un salarié au cours d'une période de suspension consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle, il ne pourra prononcer son licenciement pour motif économique que s'il est impossible de maintenir le contrat de travail, pour un motif étranger à l'accident¹, impossibilité qu'il reviendra à l'administrateur de démontrer. À défaut, la rupture sera nulle puisque la juridiction qui arrête le plan de cession n'a pas le pouvoir d'ordonner le licenciement des salariés dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un accident du travail².

Au cours du délai d'un mois suivant le jugement arrêtant le plan de cession/redressement, et une fois la validation/homologation du projet de licenciement par la DIRECCTE acquise, les licenciements interviennent « *sur simple notification* » de l'administrateur³. Avant de procéder à la notification des licenciements, il lui appartient de mettre en œuvre les critères de l'ordre des licenciements dans le respect du projet de licenciement validé/homologué puisque le jugement arrêtant le plan se borne à indiquer le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les catégories professionnelles et activités visées⁴. En outre, l'administrateur doit rechercher des postes disponibles dans l'entreprise ou les sociétés du groupe avec lesquels une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable, afin de tenter de reclasser les salariés menacés de licenciement. En effet, l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique n'étant aucunement écartée en cas d'adoption d'un plan de redressement/cession, ce n'est que faute d'alternative à la rupture du contrat qu'il pourra prononcer le licenciement de l'intéressé⁵.

Enfin, s'agissant de la motivation de la lettre de licenciement, elle fait l'objet d'exigences assouplies par la Cour de cassation en ce qu'elle est considérée comme suffisamment motivée si elle vise le jugement arrêtant le plan en indiquant que ce dernier autorise des licenciements⁶. Cette dernière précision est nécessaire pour que la lettre soit réellement motivée puisqu'à la différence de l'ordonnance du juge-commissaire, dont le

¹ Art. L. 1226-9, C. trav.

² Cass. soc., 24 mars 2010, n° 09-40.645, Lettre d'actualité des proc. coll. civ. et com. n° 9, mai 2010, alerte 133, note L. FIN-LANGER.

³ Art. L. 631-19, C. com. pour le plan de redressement et art. L. 642-5, C. com. pour le plan de cession.

⁴ Art. L. 1233-5, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-4, C. trav.

⁶ Cass. soc., 18 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 500.

simple visa est suffisant, le jugement arrêtant le plan n'a pas pour seul objet d'autoriser des ruptures pour motif économique¹.

Si les licenciements pour motif économique prononcés dans le cadre d'un plan de redressement ou de cession de l'entreprise ne font pas l'objet d'une véritable autorisation judiciaire mais davantage d'une ratification des projets élaborés par l'administrateur (en cas de plan de redressement) ou le cessionnaire (en cas d'adoption d'un plan de cession), il en va de même s'agissant des licenciements consécutifs au prononcé la liquidation judiciaire.

3 - L'autorisation implicite des licenciements prononcés dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

554. La procédure de liquidation judiciaire est ouverte à l'encontre de tout débiteur « *en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible* »². Elle peut être prononcée dès le jugement d'ouverture par le tribunal de la procédure, ou résulter de la conversion d'une procédure de redressement ou de sauvegarde³. Le prononcé de la liquidation judiciaire n'emporte aucunement rupture de plein droit des contrats de travail. Cependant dans la mesure où cette procédure est « *destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* »⁴, la rupture des contrats de travail apparaît inéluctable. En effet, sauf à ce qu'un plan de cession totale ou partielle soit adopté, emportant alors transfert des contrats de travail en vertu de L. 1224-1 du Code du travail⁵, la liquidation implique la fin de l'activité de l'entreprise et rend dès lors les licenciements pour motif économique inévitables.

En réalité, le jugement prononçant la liquidation judiciaire ne comporte aucune autorisation véritable de rompre les contrats de travail pour motif économique. Pour autant, celle-ci est implicite puisque le tribunal, en prononçant la liquidation, donne en quelque sorte mission au liquidateur de procéder au licenciement des salariés. Ainsi, l'idée d'autorisation judiciaire implicite existe en filigrane à l'article L. 641-4, *in fine*, du Code de commerce en

¹ En ce sens, Cass. soc., 18 nov. 1998, préc.

² Art. L. 640-1, al. 1^{er}, C. com.

³ À la double condition que le débiteur soit en cessation des paiements et qu'aucune possibilité de redressement de l'entreprise ne soit envisageable

⁴ Art. L. 640-1, al. 2, C. com.

⁵ À l'exception des contrats dont la rupture a été autorisée dans le cadre du jugement arrêtant le plan de cession.

vertu duquel le liquidateur procède aux licenciements pour motif économique « *en application de la décision ouvrant ou prononçant la liquidation* ». Toutefois, si le jugement prononçant la liquidation prévoit le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise, l'autorisation judiciaire de prononcer les licenciements sera dans ce cas explicite. En effet, si le liquidateur entend procéder à des licenciements pour motif économique au cours de la période de maintien provisoire de l'activité, il devra obtenir une autorisation juge-commissaire en ce sens, puisque l'article L. 641-10 du Code du commerce impose le respect des dispositions de l'article L. 631-17 dudit code, soumettant le prononcé des licenciements à l'autorisation du juge-commissaire pendant la période d'observation. Par ailleurs, dans la mesure où la cession totale ou partielle de l'entreprise en difficulté peut-être décidée dans le cadre de liquidation, il est possible que le jugement arrêtant le plan de cession prévoie le prononcé de licenciements pour motif économique.

555. Ordonnance du juge-commissaire autorisant les ruptures pendant le maintien provisoire de l'activité. Ainsi, si le maintien provisoire de l'activité est autorisé par le tribunal, l'administrateur devra avoir mené la procédure d'information/consultation des représentants du personnel à son terme et avoir obtenu la validation/homologation de projet de licenciement par la DIRECCTE avant de solliciter l'autorisation du juge-commissaire pour pouvoir prononcer, au cours du maintien provisoire de l'activité, les licenciements jugés urgents, inévitables et indispensables¹.

556. Jugement arrêtant un plan de cession autorisant les licenciements. En revanche, si un plan de cession est adopté, il devra se conformer aux dispositions de l'article L. 642-5 du Code de commerce, étant rappelé que la chronologie entre procédure d'information/consultation des représentants du personnel et jugement arrêtant le plan de cession diffère selon que le projet de licenciement est envisagé dans une entreprise soumise à une procédure collective ouverte avant ou à compter du 1^{er} juillet 2014, puisque les dispositions de l'ordonnance du 12 mars 2014 ne sont applicables que dans la seconde hypothèse². En tout état de cause, avant que le plan de cession ne soit adopté, le liquidateur devra avoir informé l'Administration en application de l'article L. 1233-60 du Code du travail, et ouvert la procédure d'information/consultation des représentants du personnel. Pour

¹ Art. L. 631-17, C. com. auquel renvoie L. 641-10, al. 3, C. com.

² Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc., art. 116.

mémoire, si la procédure relève du droit issu de l'ordonnance du 12 mars 2014, l'information/consultation des représentants du personnel devra être achevée avant l'audience au cours de laquelle le plan de cession totale ou partielle sera arrêté. À l'inverse, si la procédure est soumise au droit antérieur à l'ordonnance du 12 mars 2014, le liquidateur devra avoir commencé à mettre en œuvre la procédure d'information/consultation des représentants du personnel, sans pour autant être tenu de l'avoir achevée avant le jugement arrêtant le plan de cession. En effet, l'utilité et l'efficacité de la consultation du comité d'entreprise relative à l'élaboration du projet de licenciement collectif et notamment à celle du plan de sauvegarde de l'emploi est subordonnée, à notre sens, à la possibilité pour le comité de se prononcer une fois le plan de cession arrêté par le tribunal, et avec lui le nombre des licenciements autorisé connu.

En toute hypothèse, que la procédure relève ou non de l'ordonnance du 12 mars 2014, une fois le plan arrêté par le tribunal et la procédure d'information/consultation achevée, le liquidateur devra obtenir la validation/homologation de son projet de licenciement par la DIRECCTE, faute de quoi il ne pourra prononcer les ruptures, à peine d'irrégularité¹.

557. Lorsqu'aucun maintien provisoire de l'activité, ni aucune cession n'est prévue par le jugement prononçant la liquidation, ou au terme de la période de maintien provisoire de l'activité, le liquidateur devra élaborer le plan de licenciement collectif découlant de la cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise. Il devra donc, soit ouvrir une négociation avec les syndicats pour conclure un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi², soit élaborer un document unilatéral relatif au projet de licenciement à l'issue de la consultation du comité d'entreprise³. Une fois la procédure d'information/consultation du comité achevée, il devra saisir la DIRECCTE d'une demande d'homologation/validation du projet, sans laquelle il ne pourra, à peine d'irrégularité, prononcer les licenciements⁴. Il convient d'indiquer que s'agissant des projets de licenciements consécutifs au prononcé de la liquidation « sèche » de l'entreprise ou à la cessation du maintien provisoire de l'activité, l'ordonnance du 12 mars 2014 impose que la procédure d'information/consultation des représentants du personnel soit achevée « *au plus tard dans les douze jours de la décision prononçant la liquidation, ou, si le maintien*

¹ Art. L. 1233-58, C. trav.

² Art. L. 1233-24-1, C. trav.

³ Art. L. 1233-24-4, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-58, C. trav.

*provisoire de l'activité a été autorisé par le tribunal, dans les douze jours suivant le terme de cette autorisation. »*¹.

558. Une fois la liquidation prononcée, et afin que les créances salariales bénéficient de la couverture AGS, le liquidateur doit procéder aux licenciements en application du jugement dans les vingt-et-un jours suivant ce dernier ou suivant le terme du maintien provisoire de l'activité lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est exigé, contre quinze dans les autres hypothèses. Si le jugement prononçant la liquidation autorise le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise, le liquidateur devra notifier les ruptures autorisées par le juge-commissaire dans les mêmes conditions qu'en période d'observation et ce avant l'expiration de la période de maintien provisoire de l'activité afin de permettre la garantie des créances salariales par l'AGS. Si un plan de cession de tout ou partie de l'entreprise en liquidation judiciaire a été arrêté, il devra notifier les ruptures dans le délai d'un mois suivant le jugement arrêtant le plan de cession, délai dans lequel l'Administration du travail devra avoir au préalable homologué/validé le projet de licenciement. Pour mémoire, l'AGS est tenue de couvrir les créances liées à la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé dès lors que le liquidateur aura, dans les vingt-et-un jours suivant le jugement de liquidation ou dans le mois suivant celui arrêtant le plan de cession, manifesté l'intention de rompre ce contrat soit en convoquant le salarié à entretien préalable, soit en ayant saisi l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de le licencier².

En effet, la Cour de cassation a rappelé que le statut protecteur devait être respecté y compris en cas de liquidation judiciaire impliquant une cessation totale d'activité³. Si le maintien du statut protecteur en cas de liquidation emportant cessation totale d'activité a pu être critiqué⁴, il est faux de prétendre que cette protection est totalement dépourvue d'utilité dans une telle hypothèse. Certes, si le contrôle par l'inspecteur du travail de l'absence de discrimination peut apparaître superfétatoire s'agissant d'un licenciement intervenant dans le cadre d'une cessation totale d'activité impliquant le licenciement de l'ensemble du personnel, la vérification de l'impossibilité de procéder au reclassement du salarié peut pour sa part s'avérer utile. En effet, le prononcé de la liquidation judiciaire ne dispense pas le liquidateur

¹ Art. L. 641-4, C. com. dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 précitée.

² Art. L. 642-5, *in fine*, C. com. en cas de cession ; Cass. soc., 6 juin 2007, préc. ; Cas. soc., 8 fév. 2012, préc.

³ Cass. soc., 9 oct. 1991, JCP G 1992, II, 21819, note F. TAQUET ; Cass. crim., 15 oct. 1991, Bull. Crim., n° 349.

⁴ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 709.

de procéder à des recherches effectives de reclassement¹. Il est tout à fait envisageable qu'existent, dans d'autres entreprises du groupe, des postes disponibles correspondant aux compétences et qualification du salarié protégé dont le liquidateur envisage le licenciement. Dans une telle hypothèse, le reclassement de l'intéressé étant envisageable, l'inspecteur du travail n'autorisera pas le licenciement et imposera au liquidateur d'exécuter loyalement cette obligation. Ce n'est donc qu'en l'absence de possibilité de reclassement ou de refus par l'intéressé des postes proposés par le liquidateur qu'il pourra procéder à la notification de la rupture du contrat pour motif économique. À cet égard, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question mettant en cause la constitutionnalité de l'obligation faite au liquidateur de rechercher des postes de reclassement dans les mêmes conditions que dans les entreprises in bonis, tout en étant tenu de procéder au licenciement dans les quinze jours suivant le jugement prononçant la liquidation, « *le principe d'égalité ne [s'opposant] pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »².

À l'instar de la lettre de licenciement notifiée sur autorisation du juge-commissaire, ou après l'adoption d'un plan de redressement/cession, la motivation de cette lettre est assouplie en cas de liquidation judiciaire. En effet, il suffit qu'elle vise le jugement prononçant la liquidation pour être suffisamment motivée³.

Le jugement prononçant la liquidation constitue donc une autorisation judiciaire implicite de prononcer des licenciements pour motif économique, sur le fondement duquel le liquidateur est habilité à notifier aux salariés la rupture de leur contrat de travail. La protection offerte aux salariés par le droit des entreprises en difficulté se résume donc à la soumission de leur licenciement à une autorisation judiciaire plus ou moins véritable. Non seulement le

¹ Cass. soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 203.

² Or tel « *est le cas de la situation de l'employeur en liquidation judiciaire, qui est soumis, par application combinée des articles L. 641-4 du code de commerce et L. 3253-8 du code du travail, à la même obligation de reclassement préalable au licenciement d'un salarié pour motif économique, que celle auquel est tenu un employeur in bonis, tout en l'obligeant à procéder au licenciement du salarié dans un délai de quinze jours de l'ouverture de la liquidation judiciaire, dès lors que cette différence est justifiée par le fait que les sommes dues au titre de la rupture sont prises en charge par un régime d'assurance garantissant les créances salariales contre l'insolvabilité des employeurs et que la réduction de la période couverte par la garantie satisfait à des raisons d'intérêt général* ». Cass. soc., 6 oct. 2011, Bull. civ. V, n° 229 ; Lettre d'actualité des proc. coll. civ. et com. 2001, n° 19, alerte 294, note L. FIN-LANGER ; C. RADÉ, « La Chambre sociale de la Cour de cassation, chambre des requêtes constitutionnelles », Lexbase hebdo, éd. soc. n° 458, N° LXB N8247BSA ; dans le même sens, Cass. soc., 19 avr. 2013, n° 13-40.006, à paraître au Bulletin, C. RADÉ « QPC et licenciement des salariés dont l'entreprise est liquidée : *bis repetita* ! », Lexbase hebdo, éd. soc. n° 526, N° LXB N6884BT7.

³ Cass. soc., 2 mars 2004, Bull. civ. V, n° 67 ; Cass. soc., 25 mai 2004, Bull. civ. V, n° 137.

contrôle judiciaire de la décision de licencier dans le cadre d'une procédure collective est relativement faible en ce que la nécessité de procéder aux ruptures n'est pas toujours vérifiée, mais de surcroît la protection de l'emploi que cette supposée autorisation judiciaire préalable est censée garantir se trouve affaiblie par la fermeture des voies de recours aux salariés pour contester la rupture de leur contrat.

B-La protection contre le licenciement amoindrie par la réduction des voies de recours offertes aux salariés.

L'urgence induite par la situation critique de l'entreprise et le souci premier d'en assurer le sauvetage a conduit le droit des entreprises en difficulté à réduire (à l'excès) les voies de recours à l'encontre des décisions prises dans le cadre de la procédure collective. Les salariés se trouvent en pratique privés de tout recours contre la décision autorisant leur licenciement (1). La protection des salariés est donc mise à mal lorsque leur licenciement est autorisé par le juge-commissaire, ou par le tribunal de la procédure, et ce d'autant plus que, revêtues de l'autorité de la chose jugée, ces décisions amoindrissent considérablement la compétence du conseil de prud'hommes devant lequel les salariés ne peuvent plus contester directement l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (2).

1 - La privation de tout recours effectif contre les décisions judiciaires autorisant leur licenciement.

La pérennité de l'entreprise étant en jeu, le droit des entreprises en difficulté est guidé par une exigence de célérité, difficile à accorder avec la possibilité de multiplier les recours contentieux contre les décisions prises dans le cadre d'une procédure collective. Aussi, les voies de recours offertes aux différents intéressés sont-elles relativement fermées, au regard notamment des délais dans lesquels les recours doivent être formés, ou des personnes recevables à agir.¹ De manière extrêmement choquante, les salariés se trouvent privés de tout recours effectif à l'encontre de la décision autorisant leur licenciement, qu'il s'agisse de l'ordonnance du juge-commissaire ou des jugements du tribunal de la procédure arrêtant le plan de redressement/cession ou prononçant la liquidation judiciaire de l'entreprise.

559. Fermeture aux salariés d'un recours à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire. En application de l'article R. 621-21 du Code de commerce, l'ordonnance rendue par le juge-commissaire qui autorise les licenciements pour motif économique au cours de la période d'observation ou lorsqu'est prévu le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise en liquidation, est susceptible de recours devant le tribunal de la procédure. Ce recours, qui prend la forme d'une opposition à ordonnance du juge-commissaire, est enfermé dans un délai extrêmement bref : dix jours à compter de la notification de l'ordonnance. Il peut être exercé par les personnes destinataires de l'ordonnance et notamment les mandataires de justice, les parties, « *les personnes dont les droits et obligations sont affectés* »², le Ministère public et les représentants du personnel³. La référence aux « *personnes dont les droits et obligations sont affectés* » marque un progrès par rapport au droit antérieur à la loi du 26 juillet 2005 qui ne prévoyait la notification de l'ordonnance qu'aux personnes visées par cette dernière⁴. Or comme elle ne peut contenir de liste nominative, les salariés n'étaient pas destinataires de l'ordonnance et se trouvaient ainsi privés de tout recours à son encontre. S'il est certes difficile de ne pas considérer les salariés licenciés en application de l'ordonnance comme des personnes dont les droits et obligations sont affectés, la brièveté du délai pour agir

¹ Sur les voies de recours, V. A. MARTIN-SERF, *Sauvegarde, redressement et liquidations judiciaires - Voies de recours*, J.-Cl. Proc. coll., fasc. n° 2205.

² Art. R. 621-21, C. com.

³ Art. R. 631-26, C. com.

⁴ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, n° 1194.

alliée à l'absence d'obligation explicite de leur notifier l'ordonnance ont pour conséquence, en pratique, de les priver de toute faculté de recours. En effet, l'ordonnance ne contenant pas de liste nominative, il faut attendre que l'administrateur, sur la base des critères de l'ordre des licenciements, détermine les salariés licenciés et leur notifie leur licenciement. L'ensemble de ce processus risque fort d'aboutir au prononcé des ruptures après l'expiration du délai de dix jours interdisant ainsi aux salariés tout recours¹, même si l'ordonnance ne leur a pas été signifiée personnellement. En effet, selon la Cour de cassation, dès lors qu'elle a été régulièrement communiquée à la société, au représentant des salariés et à celui des créanciers, il importe peu que l'ordonnance n'ait pas été notifiée au salarié ; si elle n'a pas été frappée de recours à temps par le salarié, il est irrecevable à contester la cause économique du licenciement définitivement acquis². Ainsi, et dans la mesure où un revirement en la matière semble peu probable, les salariés se voient privés en pratique de tout recours effectif à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant leur licenciement.

Soucieux de garantir la célérité non seulement de la procédure mais également du prononcé des licenciements de nature à favoriser le redressement de l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté a ainsi fermé à l'excès les voies de recours offertes aux salariés, et ce au mépris le plus total du droit fondamental de tout justiciable à un recours effectif devant un juge impartial. L'article 6, §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits l'homme et des libertés fondamentales, qui en vertu de l'article 55 de la Constitution prime le droit interne, garantit pourtant à tout justiciable le droit à un recours effectif devant un tribunal impartial, à l'instar de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. De même, le Conseil constitutionnel estime « *qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »³. Surtout, priver les salariés de tout recours à l'encontre de la décision fondant leur licenciement est contraire à nombre de textes supranationaux qu'il s'agisse de l'article 8§1 de la Convention n° 158 de l'OIT⁴, de l'article 24 de la Charte sociale européenne⁵ ou encore des articles 30 et 47 de la Charte des droits européens fondamentaux

¹ En ce sens, R. VATINET, « Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application », JCP S 2006, 1205.

² Cass. soc., 5 mars 1997, D. 1997, 522, note P. BAILLY. Certes cette décision a été rendue sous l'empire du droit antérieur à la loi de 2005, mais semble être toujours d'actualité.

³ Cons. const., 9 avr. 1996, déc. n° 96-373 DC, JO 1996, p. 5724, cons. n° 83.

⁴ Conv. OIT n° 158, adoptée le 22 juin 1982, Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, Entrée en vigueur le 23 nov. 1985, art. 8§1.

⁵ Charte sociale européenne, art. 24.

de l'Union européenne¹, qui assurent une protection contre le risque de licenciement injustifié en garantissant au salarié un droit de recours contre une telle mesure devant un organe impartial tel qu'un tribunal. Dès lors, la position particulièrement stricte de la Chambre sociale de la Cour de cassation ne saurait perdurer, alors même que sa Chambre commerciale adopte quant à elle une solution nettement plus respectueuse des droits fondamentaux². Un revirement s'impose afin que les salariés, dont il est indéniable que les droits et obligations sont affectés par l'ordonnance, disposent d'un recours contre cette dernière. Cependant, il est plus qu'improbable que la Chambre sociale procède à un tel revirement que Patrick MORVAN appelle pourtant de ses vœux depuis une quinzaine d'années³.

Par conséquent, seul le recours exercé par les représentants du personnel à titre collectif est envisageable pour contester le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements pour motif économique autorisés par l'ordonnance. Saisi par les représentants du personnel d'un recours à l'encontre de l'ordonnance autorisant les licenciements, le tribunal de la procédure doit apprécier s'ils présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable ainsi que la réalité et le sérieux du motif économique sur lequel ils se fondent. Le jugement rendu par le tribunal de la procédure sur l'opposition à l'ordonnance est exécutoire de plein droit à titre provisoire. Surtout, il est insusceptible de recours formé par toute autre personne que le Ministère public⁴.

Ainsi, une fois le délai de dix jours expiré, l'ordonnance du juge-commissaire autorisant les licenciements pour motif économique est définitive. En pratique donc, les salariés ne disposent pas d'un recours contre une décision de justice qui, pourtant, porte atteinte à leur droit constitutionnel à l'emploi. Il en va de même s'agissant des jugements arrêtant les plans de redressement ou de cession de l'entreprise, ce qui est d'autant plus choquant que le tribunal de la procédure, à la différence du juge-commissaire, n'autorise pas réellement les ruptures, il se contente d'entériner les prévisions sociales de l'administrateur ou du cessionnaire.

¹ Charte des droits européens fondamentaux de l'Union européenne, JOCE du 18 déc. 2000, JOCE C 364/1, art. 30 et 47.

² La Chambre commerciale a en effet estimé, elle aussi sous l'empire du droit antérieur à la loi de 2005, qu'en l'absence de notification de l'ordonnance par le greffier un créancier « *ne pouvait se voir privé d'exercer un recours contre une décision rendue à son insu et concernant directement ses droits et obligations* », Cass. com., 17 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 186.

³ P. MORVAN, « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », Dr. soc. 1998, p. 442.

⁴ Art. R. 661-1, C. com.

560. Absence de recours offert aux salariés contre le jugement arrêtant le plan ou décidant de la liquidation de l'entreprise. Afin de maximiser les chances de redressement de l'entreprise, ce qui implique une certaine célérité dans la réalisation de la restructuration, le droit des entreprises en difficulté limite les voies de recours à l'encontre des jugements arrêtant le plan de redressement ou de cession censé assurer la pérennité de l'activité économique de l'entreprise et, avec elle, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés.

561. Ainsi, l'article L. 661-1 du Code de commerce prévoit que le débiteur, l'administrateur, le représentant des créanciers, le comité d'entreprise et le ministère public sont habilités à former un recours contre le jugement arrêtant le plan de redressement, sous forme d'appel. Nulle action des salariés n'est prévue par l'article L. 661-1, I, 6°, du Code de commerce. Ces derniers sont donc privés de tout recours à titre individuel à l'encontre d'une décision qui pourtant les affecte directement en autorisant la rupture de leur contrat de travail. Une fois encore, on ne peut que regretter l'atteinte portée au droit fondamental des salariés d'exercer en justice un recours effectif à l'encontre d'un jugement fortement attentatoire à leurs droits et intérêts, ainsi que la violation de la protection contre le risque de licenciement injustifié assurée par de multiples textes supranationaux qui garantissent au salarié le droit de recourir contre une telle mesure devant un organe impartial tel qu'un tribunal¹. S'ils ne peuvent agir à titre individuel contre le jugement arrêtant le plan de redressement, leurs représentants sont tout de même recevables à agir à titre collectif. Ainsi, le comité d'entreprise peut interjeter appel dans les dix jours suivant la notification du jugement arrêtant ou rejetant le plan de redressement, offrant ainsi aux salariés l'éventualité d'une contestation à titre collectif d'une décision affectant considérablement leurs intérêts individuels.

562. En revanche, une telle contestation collective leur est refusée en cas d'adoption d'un plan de cession. En effet, l'article L. 661-6 du Code de commerce n'autorise que certaines personnes à interjeter appel du jugement arrêtant la cession de l'entreprise parmi lesquelles le débiteur, le Ministère public, et le cessionnaire, à l'exclusion des représentants du personnel. En cas d'adoption d'un plan de cession, les salariés ne disposent donc d'aucun

¹ Conv. OIT n° 158, adoptée le 22 juin 1982, Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. Entrée en vigueur le 23 nov. 1985, art. 8§1 ; Charte sociale européenne, art. 24. ; Charte des droits européens fondamentaux de l'Union européenne, JOCE du 18 déc. 2000, JOCE C 364/1, art. 30 et 47.

recours à titre individuel ou collectif contre un jugement qui affecte pourtant lourdement leurs droits et obligations puisqu'il emporte, soit changement impératif d'employeur en application de L. 1224-1 du Code du travail, soit perte de leur emploi. Il est extrêmement choquant que ni les salariés à titre personnel, ni leurs représentants, ne puissent agir contre une décision portant atteinte à leurs droits fondamentaux, qu'il s'agisse de leur droit à l'emploi ou de celui de choisir librement leur employeur. Il convient d'indiquer que, si le comité d'entreprise ne dispose d'aucune possibilité de contester le jugement arrêtant le plan de cession, il semble qu'il recouvre l'accès à un second degré de juridiction en cas de décision mixte¹. Ainsi, si le jugement ne se contente pas d'arrêter un plan de cession mais rejette également un plan de redressement ou une demande de liquidation judiciaire, il semblerait que le comité d'entreprise puisse former un appel contre cette décision².

563. De même, le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire de l'entreprise n'est susceptible d'aucun recours à titre individuel par les salariés pourtant menacés de licenciement pour motif économique en application de cette décision. Le comité d'entreprise est toutefois habilité à former appel de ce jugement dans l'intérêt collectif du personnel, ce qui ne constitue qu'un pis-aller. Le préjudice subi par la communauté du personnel dans son entier est en effet distinct du préjudice individuel de chaque salarié. Surtout, fermer tout recours individuel des salariés contre une décision aussi attentatoire à leurs droits est clairement contraire à de nombreux textes supranationaux³. Si la recherche de solutions tendant à assurer la survie d'une entreprise implique leur mise en œuvre rapide, offrir un recours aux salariés à titre tant individuel que collectif contre l'ensemble des décisions qui affectent leur emploi prises dans le cadre de la procédure collective apparaît indispensable au respect des droits de l'Homme⁴.

La fermeture de voies de recours des salariés à l'encontre des différentes décisions de justice qui autorisent leur licenciement est d'autant plus choquante et malvenue que, du fait de

¹ En ce sens, A. BOYER, th. préc., n° 32.

² Cass. com., 6 juil. 1999, Bull. Civ., IV, n° 153 ; cet arrêt a été rendu sous l'empire du droit antérieur à la loi de 2005 qui interdisait au débiteur tout recours en justice contre le jugement arrêtant le plan de cession, en l'espèce le jugement arrêtait un plan de cession et rejetait un plan de continuation, la Chambre commerciale censure ainsi la Cour d'appel qui avait déclaré irrecevable l'appel du débiteur alors même qu'il était recevable à contester le jugement arrêtant le plan de continuation.

³ CESDH, art. 6§1 ; Conv. OIT n° 158, adoptée le 22 juin 1982, Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. Entrée en vigueur le 23 nov. 1985. art. 8§1 ; Charte sociale européenne, art. 24. ; Charte des droits européens fondamentaux de l'Union européenne, JOCE du 18 déc. 2000, JOCE C 364/1, art. 30 et 47.

⁴ En ce sens, P. MORVAN, art. préc.

l'autorité de chose jugée qui leur est attachée, toute contestation directe du caractère réel et sérieux de la cause des licenciements prononcés sur leur fondement est impossible.

2 - L'impossible contestation directe de la cause économique des ruptures.

Privés de véritable recours devant le tribunal de la procédure à l'encontre des décisions autorisant leur licenciement pour motif économique, les salariés ne peuvent davantage contester directement l'existence d'une cause réelle et sérieuse devant le conseil de prud'hommes (a), qui conserve tout de même une compétence résiduelle pour connaître de leur situation individuelle (b).

a - L'interdiction critiquable de toute contestation directe de la cause réelle et sérieuse.

564. L'autorité de chose jugée attachée aux différentes décisions prises au cours de la procédure collective sur lesquelles se fondent les ruptures, conduit à interdire aux salariés de remettre en cause le motif de leur licenciement. Ainsi, la Cour de cassation estime-t-elle que *« lorsque l'ordonnance du juge-commissaire est devenue définitive, le caractère économique du motif de licenciement ne peut plus être contesté »*¹. Elle précise que *« l'autorité de l'ordonnance du juge-commissaire (...) est attachée, (...) à l'existence d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail consécutive à des difficultés économiques, à une mutation technologique ou à une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise »*². Une fois l'ordonnance devenue définitive, il n'est dès lors plus possible de saisir le conseil de prud'hommes d'une contestation relative au caractère réel et sérieux du motif économique du licenciement prononcé sur le fondement de l'autorisation du juge-commissaire. Dans la mesure où ce dernier est censé s'assurer du caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements qu'il autorise, il atteste en

¹ Cass. soc., 9 juil. 1996, Bull. civ. V, n° 268 ; RJS 1996, n° 912 ; JCP E 1996, II, 862, note J.-J. SERRET ; JCP G 1997, I, 4004, n° 9, obs. P. PETEL ; Rev. proc. coll. 1997, p. 238, obs. F. TAQUET.

² Cass. soc., 8 juin 1999, Bull. civ. V, n° 268.

quelque sorte de leur impérieuse nécessité pour assurer la pérennité de l'entreprise, témoignant ainsi du réel et du sérieux du motif économique fondant les ruptures autorisées.

565. Si l'autorité de chose jugée attachée à l'ordonnance du juge-commissaire sur l'existence d'un motif économique légitime semble relativement justifiée, il n'en va pas de même s'agissant des jugements arrêtant le plan de redressement ou de cession. En effet, ainsi que nous l'avons démontré, le tribunal de procédure ne se livre à aucun contrôle de quelque sorte que ce soit sur le bien-fondé ou la nécessité de prononcer les licenciements pour motif économique prévus par le plan de redressement ou de cession. Il se contente de ratifier les projections sociales de l'administrateur ou du cessionnaire. En dépit de cette différence majeure, la Cour de cassation raisonne, ce qui est éminemment critiquable, par analogie avec l'ordonnance du juge-commissaire et décide que « *l'autorité du jugement arrêtant un plan de cession qui prévoit des licenciements pour motif économique (...) est attachée (...) à l'existence d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail consécutives à des difficultés économiques, à une mutation technologique ou à une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise* »¹. Les salariés sont donc privés de la faculté de contester le caractère réel et sérieux de la cause de leur licenciement alors, d'une part, que le tribunal de la procédure ne contrôle à aucun moment l'existence d'un motif économique et, d'autre part, qu'ils ne disposent d'aucun recours tant à titre individuel que collectif contre le jugement arrêtant le plan de cession. On ne peut dès lors que déplorer avec Patrick MORVAN cette transposition hâtive de la solution retenue pour l'ordonnance du juge-commissaire, transposition juridiquement infondée².

566. Enfin, bien que ne constituant qu'une autorisation implicite de licencier, le jugement prononçant la liquidation judiciaire de l'entreprise a également autorité de chose jugée sur l'existence d'un motif économique légitime. Un salarié ne pourra dès lors pas contester le bien-fondé de son licenciement devant le conseil de prud'hommes. Cette solution peut de prime abord se comprendre puisque le tribunal ne peut prononcer la liquidation de l'entreprise que lorsque le redressement de cette dernière est impossible³, ce qui semble attester de l'existence de difficultés économiques suffisamment sérieuses pour justifier un

¹ Cass. soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 204 ; Cass. soc., 15 mai 2002, RJS 2002, n° 796 ; Cass. soc., 4 juil. 2006, RJS 10/06, n° 1050.

² P. MORVAN, *op. préc.*, p. 697.

³ Art. L. 640-1, C. com..

licenciement. De surcroît, la liquidation judiciaire étant destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise¹, elle implique la suppression de tous les emplois, témoignant ainsi de la réalité de l'incidence sur l'emploi de la liquidation. Pourtant, si la cessation totale et définitive de l'activité induite par le prononcé de la liquidation judiciaire semble de nature à fonder le prononcé de licenciements pour motif économique, l'interdiction faite au juge prud'homal de contrôler la cause réelle et sérieuse des ruptures recèle un risque d'instrumentalisation des procédures collectives².

567. *Risque d'instrumentalisation du droit des entreprises en difficulté.* Pour mémoire, la cessation totale et définitive de l'activité d'une entreprise ne constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement qu'à la stricte condition de ne pas avoir été provoquée par la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur. Or, même si la situation de l'entreprise conduisant à la cessation totale et définitive de son activité et à sa liquidation judiciaire résulte d'un comportement répréhensible de l'employeur, le jugement prononçant la liquidation atteste tout de même de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, insusceptible de contestation judiciaire. En outre si, en cas de fermeture totale et définitive de l'entreprise, le juge ne peut contrôler la cause de cette cessation d'activité, il peut en revanche déclarer sans cause réelle et sérieuse les licenciements qui en résultent, dès lors que la décision de fermeture a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais pour réaliser des économies et améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi, ce qui caractérise la légèreté blâmable de l'employeur³. Ainsi, l'appréciation du bien-fondé des licenciements pour motif économique diffère nettement selon que l'on se situe ou non dans le cadre d'une entreprise soumise à une procédure collective. De même, lorsque le juge-commissaire vérifie le caractère urgent, inévitable et indispensable des ruptures qu'il autorise, attestant par là-même du réel et du sérieux de la cause économique invoquée à l'appui de ces dernières, c'est à l'échelle de l'entreprise qu'il évalue leur nécessité. Or, le réel et

¹ Art. L. 640-1, al. 1^{er}, C. com.

² En ce sens, P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », JCP E 2005, 1511.

³ Cass. soc., 1^{er} fév. 2011, *Goodyear*, Bull. civ. V, n° 42, préc. ; Rev. sociétés 2011, p. 154, obs. A. COURET ; P. BAILLY, « Les limites de la cessation d'activité, comme cause de licenciement pour motif économique », Rev. Juridique de l'éco. pub. 2011, comm. 25 ; JCP G 2011, 254, note P. MORVAN ; JCP S 2011, act. 79, note P. MORVAN ; P. MORVAN, « La mort du motif économique de licenciement tire de la cessation d'activité d'une filiale dans un groupe », Bull. Joly soc. 2011, n° 3, p. 215 ; J.-L. VALLENS, « Cessation d'activité d'une filiale et licenciements économiques : une nouvelle donne », Bull. Joly ent. en diff. 2011, n° 2, p. 140 ; C. PARES, « La cessation d'activité est-elle un moyen de détourner le droit du travail ? », SSL 2011, 1508, suppl. ; F. AUBONNET, « Cessation totale d'activité au sein d'un groupe : l'étau se resserre », SSL 2011, n° 1504 suppl. ; G. AUZERO, « fermeture définitive et totale de l'entreprise et légèreté blâmable de l'employeur », Lexbase Hebdo éd. sociale, n° N4840BRP ; G. COUTURIER, art. préc.

le sérieux de la situation économique de nature à justifier un licenciement pour motif économique s'apprécie au niveau du groupe, voire du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise dans les entreprises *in bonis*. Ce décalage dans les modalités d'appréciation de la situation économique de l'entreprise selon qu'elle est *in bonis* ou non est donc de nature à conduire, et conduit en pratique, comme le souligne Patrick MORVAN, à une instrumentalisation du droit des entreprises en difficulté par des groupes peu scrupuleux, soucieux de réduire leurs coûts et de délocaliser leur production vers des horizons socialement moins exigeants¹.

Ce risque ne saurait être ignoré tant il est facile pour un groupe de placer une filiale en cessation des paiements, l'ouverture d'une procédure collective à son encontre permettant d'éluder le droit commun du licenciement pour motif économique au profit de l'application du droit spécial applicable aux entreprises en difficulté, beaucoup moins rigoureux. Ainsi, en cessant de financer une filiale, un groupe pourtant florissant place les licenciements pour motif économique prononcés par cette dernière sous le régime dérogatoire des procédures collectives. Il suffit que soit démontrée l'existence de difficultés économiques au niveau de l'entreprise, ce qui par hypothèse est le cas, pour que puissent être supprimés des emplois, alors même que le secteur d'activité du groupe auquel elle appartient est extrêmement rentable. De même, au sein d'un groupe dont les résultats seraient nettement bénéficiaires, il n'est guère compliqué pour une direction peu scrupuleuse de créer *ex nihilo* les conditions de la cessation des paiements d'une des filiales et de se désengager totalement de cette dernière au point d'annihiler toute chance de redressement, rendant dès lors inéluctable le prononcé de la liquidation judiciaire, et justifiant ainsi la rupture de l'ensemble des contrats de travail dont les conséquences financières seront assumées par l'AGS. L'éventualité d'une telle instrumentalisation ne saurait être négligée tant l'organisation de la cessation des paiements d'une entreprise du groupe est facile à mettre en œuvre et permet de se soustraire à nombre d'obligations imposées par le droit social en cas de restructuration et notamment aux exigences du droit des licenciements pour motif économique, qu'il s'agisse des conditions d'appréciation de la cause économique, des obligations relatives à l'information/consultation des représentants du personnel, etc. Rappelons de surcroît que les obligations telles que la mobilisation des moyens du groupe pour établir le plan de sauvegarde de l'emploi, ou la recherche de postes de reclassement au sein du groupe ne pèsent que sur l'employeur (en l'occurrence en cessation des paiements), à l'exclusion des autres sociétés du groupe. N'ayant

¹ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 929 et s.

pour seul interlocuteur qu'une filiale exsangue avec à sa tête un dirigeant impuissant à contraindre le groupe à accomplir des efforts financiers, les salariés voient ainsi réduites à néant les protections offertes par le droit social. Toutefois, il existe un certain nombre de techniques pour tenter, avec plus ou moins de chances de succès, d'éviter une telle instrumentalisation ou du moins de permettre aux salariés d'obtenir des dommages et intérêts de la part d'autres sociétés du groupe.

568. Existence d'instruments juridiques pour contrer ces pratiques ou du moins imposer à certaines sociétés du groupe de participer à l'indemnisation des salariés. La reconnaissance d'une situation de coemploi. *De lege lata*, seul l'employeur, *id est* la filiale soumise à une procédure collective, est débiteur de l'obligation de rechercher des postes de reclassement et d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi suffisant au regard des moyens du groupe¹. Dès lors, le plus sûr moyen pour les salariés d'obtenir la participation effective de la société-mère, ou d'autres sociétés du groupe, aux recherches de reclassement ou au plan de sauvegarde de l'emploi, voire surtout, le plus souvent, d'obtenir une indemnisation de leur part au titre de l'irrégularité de leurs licenciements, est de faire reconnaître leur qualité de coemployeur à l'instar des salariés de la *SAS Aspocomp*, précurseurs en la matière². Ainsi, dans cette affaire, les juges du fond condamnèrent la société-mère du groupe, dont l'employeur en liquidation judiciaire était membre, au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements et de la méconnaissance de l'obligation de reclassement puisque, tant dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi qu'au titre de l'obligation de l'article L. 1233-4 du Code du travail, aucune recherche sérieuse de reclassement n'avait été effectuée. Pour fonder cette condamnation, les juges du fond s'appuyèrent sur la dépendance de la filiale détenue à 99% par la société-mère, sur le fait que son représentant légal siégeait aux réunions du comité d'entreprise de la filiale, ou encore sur la promesse de ce dernier de verser des

¹ Cass. soc., 13 janv. 2010, préc.

² En l'espèce, cette société, filiale à 99% d'une société de droit finlandais, a vu une partie de sa production délocalisée en Chine et en Thaïlande, suite à une décision du groupe. Un premier plan a été établi, dans lequel le vice-président de la société mère avait donné son accord formel pour le versement de primes complémentaires. Moins d'un mois plus tard, la société mère décidait de ne plus financer sa filiale et de procéder à son dépôt de bilan.

Après le prononcé de la liquidation judiciaire, le liquidateur de la filiale procéda au licenciement des salariés restants, et mit en place un second plan de sauvegarde de l'emploi. Les salariés saisirent le conseil de prud'hommes pour demander la condamnation de la société mère au paiement de dommages et intérêts, au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse de leurs licenciements, de l'indemnité complémentaire promise dans le premier plan, et pour ceux compris dans le second plan, des dommages et intérêts en raison de la méconnaissance de l'obligation de reclassement. En effet, en l'espèce, tant dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi que de l'obligation préalable de reclassement, aucune recherche sérieuse de reclassement n'avait été effectuée.

indemnités dans le cadre du plan¹. Hostile à la reconnaissance d'un principe de la responsabilité d'autrui du fait de la dépendance économique, la Cour de cassation confirma la solution de la Cour d'appel qui avait constaté que les salariés « *avaient accompli [leur] travail sous la direction et au profit des sociétés Aspocomp et Aspocomp Group OYJ, dont les intérêts, les activités et la direction étaient confondus* »². Si la Cour de cassation n'utilise pas expressément l'expression « coemployeurs », elle se base en revanche pour rendre sa décision, sur les critères nécessaires à caractériser cette qualité. Dès lors qu'un salarié est employé par un groupe de sociétés « *entre lesquelles existe une confusion d'intérêts, d'activités et de direction* », il a « *pour co-employeur les diverses sociétés appartenant à ce groupe de sociétés* »³.

Ainsi, en dépit de ce qu'on a pu lire sur l'arrêt *Aspocomp*⁴, la Cour de cassation ne consacre dans cette décision que la responsabilité de l'employeur. La société-mère était coemployeur des salariés et, à ce titre, codébitrice des obligations relatives au licenciement pour motif économique, et notamment à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi suffisant au regard des moyens du groupe.

Pionniers de l'action tendant à faire reconnaître la qualité de coemployeur d'une société du groupe pour obtenir une indemnisation au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse de leurs licenciements, faute par la société mère d'avoir mis en œuvre l'obligation de reclassement et d'avoir contribué au plan de sauvegarde de l'emploi, les salariés d'*Aspocomp* ont depuis lors inspiré de nombreuses actions en ce sens. La théorie des coemployeurs étant la seule arme offerte aux salariés pour obtenir une contribution effective du groupe aux dispositifs de reclassement, certains ont pu craindre (et craignent encore) que les juges n'en fassent un usage excessif dans le seul souci d'atteindre les autres sociétés du groupe, et principalement la société mère, dans leur patrimoine⁵. Tel n'est absolument pas le cas, en ce que, comme nous l'avons vu, la Cour de cassation est très rigoureuse s'agissant de la

¹ CA Rouen, Ch. soc. 22 mars 2005, n° 04/02545, *société Aspocomp Group Oyj*, Bull. Joly Sociétés, 1^{er} fév. 2006, n° 2, p. 192, note B. SAINTOURENS.

² Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551, note F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », RDT 2007, p. 543.

³ En ce sens, Cass. soc., 4 oct. 2007, n° 06-44.486, *M. P. Arriazu* ; Cass. soc., 11 juil. 2000, n° 98-40.146, *M. J.-C. Viandier* ; Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.230, *Mme Z. Bouad épouse Lavrat* ; Cass. soc., 19 juin 2008, n° 07-42.547, ASPP ; Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-45.395, ASPP ; Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-41.294, *Société Aéroplus*, en ce sens également Cass. soc. 20 janv. 2010, n° 08-42.796.

⁴ V. L. de COMARMOND qui a écrit dans Les Echos du 5 Avril 2005 qu' « une société étrangère peut être contrainte d'assumer le plan social de sa filiale française ».

⁵ Y. PAGNERRE, « L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail ? », JCP S 2011, 1423 ; P. MORVAN, « Coemploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des liaisons dangereuses », note sous Cass. soc., 18 janv. 2011, JCP S 2011, 312.

caractérisation d'une situation de coemploi¹. S'il est vrai que la Cour de cassation n'impose pas toujours la preuve du lien de subordination juridique unissant le salarié au coemployeur², elle exige en revanche systématiquement que soit démontré un pouvoir de direction et de contrôle, exercé simultanément par plusieurs sociétés sur les salariés³. Depuis l'arrêt *Aspocomp*, la Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion d'exprimer son refus d'assimiler groupe de sociétés et groupe d'employeurs. Elle a ainsi estimé que la preuve d'intérêts économiques et financiers communs, d'organes de direction interdépendants, et de l'existence d'une culture de groupe se traduisant par des avantages et des facilités de mobilité pour le salarié, était impropre à caractériser la qualité de coemployeur des sociétés du groupe⁴. Il est intéressant de souligner que la « triple confusion » des intérêts, des activités et de direction exigée pour retenir la qualification de coemployeur procède en quelque sorte d'un raisonnement identique à celui fondant la caractérisation de situations de « confusion des patrimoines » ou de fictivité de la société. Or, ces situations permettent d'étendre la procédure collective ouverte à l'encontre de l'employeur à une autre société du groupe, offrant ainsi un biais juridique pour contrer les pratiques tendant à instrumentaliser le droit des entreprises en difficulté pour mieux contourner le droit commun des licenciements collectifs.

569. Possible extension de la procédure collective ouverte à l'encontre de l'employeur à une autre société du groupe. L'article L. 621-2, alinéa 2, du Code de commerce dispose qu'« À la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. ». C'est l'ordonnance du 12 mars 2014 qui a ajouté le débiteur à la liste des personnes susceptibles de demander l'extension de la procédure⁵. En cas d'extension de la procédure collective à l'encontre d'une autre personne morale ou physique, le tribunal initialement saisi reste compétent⁶. L'article L. 621-2 du Code de commerce, dans sa

¹ Sur la caractérisation d'une situation de coemploi.

² V. notamment Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-45.395, inédit, qui rejette le moyen du défaut de caractérisation du lien de subordination.

³ V. notamment Cass. soc., 4 oct. 2007, n° 06-44.486, inédit.

⁴ Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.230, préc.

⁵ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc., art. 16. Par ailleurs, il convient d'indiquer que l'article 93 de l'ordonnance du 12 mars 2014 a inséré dans le Code de commerce un article L. 662-8 qui dispose que « Lorsque plusieurs tribunaux sont saisis de procédures concernant des sociétés contrôlées par la même société ou contrôlant les mêmes sociétés au sens de l'article L. 233-3, un administrateur judiciaire et un mandataire judiciaire commun à l'ensemble des procédures peuvent être désignés. Il peut leur être confié une mission de coordination selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État ».

⁶ Art. L. 621-2, C. com.

rédaction antérieure à l'ordonnance du 12 mars 2014, a vu sa constitutionnalité indirectement reconnue par la Cour de cassation qui a décidé qu'il n'y avait pas lieu à renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui était soumise et dont l'auteur soutenait que cet article portait atteinte à la fois au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre en ce qu'il était susceptible de conduire à la liquidation judiciaire d'une société *in bonis*¹.

La possibilité d'étendre la procédure collective à une autre société du groupe permet aux salariés d'atteindre, au-delà de la filiale exsangue qui les emploie, un autre débiteur autrement plus en fonds, soulageant d'autant l'AGS. Toutefois, pour que la procédure collective puisse être étendue à une autre société du groupe, qu'il s'agisse d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, encore faut-il caractériser la fictivité de la personne morale employant les salariés, ou la confusion de son patrimoine avec celui de la société-mère ou d'une société sœur². Selon Pierre-Michel LECORRE « en pratique, l'extension sur le fondement de la fictivité ne se rencontre guère. Le plus souvent, après avoir affirmé que la personne morale est fictive, des indices de confusion des patrimoines sont relevés, par exemple les relations financières anormales. »³.

C'est sous la plume des juges qu'est apparue la notion de confusion des patrimoines pour permettre l'extension d'une procédure collective ouverte à l'encontre d'une société, à une autre. La finalité poursuivie par cette jurisprudence audacieuse était de lutter contre les abus de personnalité juridique commis par certaines personnes morales qui mêlaient leurs patrimoines au point que l'actif et le passif des différentes sociétés était impossible à établir, ou qui séparaient artificiellement leurs actifs en usant de montages juridiques plus ou moins sophistiqués⁴. Si la loi du 25 janvier 1985 fit une référence implicite à la possibilité d'étendre une procédure collective en cas de confusion des patrimoines⁵, il aura fallu attendre la loi du

¹ Selon la Cour de cassation, cette disposition, justifiée par l'intérêt général et destinée à rétablir le gage des créanciers compromis par la confusion des patrimoines, ne porte pas une atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice du droit de propriété au regard du but poursuivi ; Cass. com., 8 oct. 2012, Non-lieu à renvoi, JurisData n° 2012-031882 ; Rev. sociétés 2012, p. 728, obs. P. ROUSSEL GALLE ; Bull. Joly Sociétés 2012, n° 12, p. 866, note F. REILLE.

² Art. L. 621-2, C. com.

³ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2010/2011, p. 277.

⁴ A. JACQUEMONT, *SAUVEGARDE, REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES*. – *Exploitation en commun et confusion des patrimoines*, J.-Cl. proc. coll., fasc. 2165, n° 1 ; pour la période antérieure à la loi du 25 janvier 1985, V. M. BEAUBRUN, « La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif » RJ com. 1980, p. 41 ; F. GISSEROT, « La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ? », RTD com. 1979, p. 49.

⁵ La loi du 25 janvier 1985 n'y faisait ainsi qu'une allusion à travers son article 7, réglant une question de compétence qui disposait que : « *Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant ou artisan ; le tribunal de grande instance dans tous les autres cas. S'il se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi reste compétent* ».

26 juillet 2005 pour que la notion de confusion des patrimoines soit intégrée à titre principal dans le Code de commerce comme une cause d'extension de procédure, avant que l'action en extension ne soit réglementée de manière plus précise par l'ordonnance du 18 décembre 2008.¹

Comme le souligne, un auteur « parce que la confusion des patrimoines a directement pour objectif de remettre en cause l'indépendance patrimoniale d'une ou plusieurs personnes juridiques, la sécurité juridique commande de dégager des critères aussi précis que possible, et de la distinguer en particulier de la simple dépendance économique ou financière pouvant exister entre plusieurs personnes »². À ce titre la Chambre commerciale de la Cour de cassation distingue interdépendance économique ou financière et confusion des patrimoines, seule cette dernière étant à même de justifier une extension de la procédure³.

Deux critères distincts permettent de caractériser la confusion des patrimoines entre deux personnes⁴ : **une imbrication de leurs patrimoines** telle qu'il est impossible de les dissocier, qui peut être caractérisée par une « confusion des comptes »⁵ et **l'existence de relations financières anormales** entre les sociétés⁶. L'appréciation du caractère normal ou non des relations financières entre sociétés constitue le nœud gordien de la possibilité

¹ Ordon. n° 2008-1345, du 18 déc. 2008, préc.

² A. JACQUEMONT, fasc. préc.

³ Pour une étude de la jurisprudence en la matière, V. D. TRICOT, « La confusion des patrimoines et les procédures collectives », Rapp. C. cass. 1997, La doc. fr., 1998, p. 168 ; V. également, F. REILLE, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures*, Bibl. Dr. entr., t. 74, Litec, 2006 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2010/2011, n° 213-21 et s. Par exemple, l'unicité et l'imbrication d'intérêts résultant de l'interdépendance des engagements financiers entre deux sociétés sont insuffisantes pour caractériser une confusion des patrimoines (Cass. com., 20 oct. 1992, Bull. civ. 1992, IV, n° 314 ; JCP E 1992, pan. 1447 ; JCP G 1992, IV, 3093). La prise en charge par l'une des sociétés du déficit de l'autre comme la communauté d'intérêts, d'objectifs et de moyens ne peuvent pas non plus établir cette confusion de patrimoines (Cass. com., 20 oct. 1992, Bull. civ. 1992, IV n° 313). L'identité des dirigeants sociaux, des sièges sociaux, voire même des objets sociaux ainsi que l'existence de participations réciproques en capital entre deux sociétés ne suffisent pas à caractériser la confusion des patrimoines (Cass. com., 11 févr. 1993 : JCP E 1993, pan. 868 ; Cass. com., 31 mai 1995 : Rev. sociétés 1995, p. 757, note D. RANDOUX ; V. également dans le même sens, Cass. com., 2 mai 2007, Act. proc. coll. 2007, comm. 110, qui juge que l'identité de dirigeant entre deux sociétés alors que l'une détient la quasi-totalité des actions de l'autre ne suffit pas à caractériser la confusion de patrimoines entre les deux sociétés).

⁴ Pour des développements sur ces critères, V. A. JACQUEMONT, fasc. préc. ; J.-M. DELENEUVILLE, « Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques ou le fabuleux destin de l'article L. 621-5 du Code de commerce », Rev. proc. coll. 2002, p. 157 ; P. DELMOTTE, « Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », RJDA 2006, p. 539 ; P.-M. LE CORRE, *op. préc.*, p. 277 et s.

⁵ Cette expression est empruntée au haut-conseiller D. TRICOT, étude préc.

⁶ Il convient d'indiquer qu'au départ, pour admettre la confusion des patrimoines, la jurisprudence visait l'existence de « *flux financiers anormaux* » avant de substituer à cette expression celle, nettement plus large, de « *relations financières anormales* » ; en ce sens, A. JACQUEMONT, fasc. préc. ; C. ALARY-SAINT-HOUIN, note sous Cass. com., 19 avr. 2005, *Metaleurop*, Bull. Joly soc. 2005, p. 690 ; Sur cette modification de terminologie, V. Cass. com., 5 mars 2002, n° 99-13.302, inédit ; Cass. com., 3 avr. 2002, n° 99-12.008, inédit ; Cass. com., 7 janv. 2003, Bull. civ. 2003, IV, n° 3 ; Bull. Joly 2003, p. 402, obs. F.-X. LUCAS ; Cass. com., 10 janv. 2006 : Gaz. Pal. proc. coll. 2006, n° 2, p. 21, obs. C. L. ; V. également le commentaire de B. ROLLAND, « *Metaleurop* : l'extension de procédure, entre fictivité et confusion des patrimoines », Commentaires de CA Douai, 16 déc. 2004 et de Cass. com., 19 avr. 2005, JCP E 2005, 721, spécialement n° 9, note 29.

d'étendre une procédure collective ouverte à l'encontre d'une société à une autre, et ce particulièrement lorsque l'action en extension concerne deux sociétés d'un même groupe, hypothèse dans laquelle « l'anormalité » des relations financières entre sociétés, par définition unie par des liens capitalistiques, est appréciée beaucoup plus strictement.

Pour ce qui concerne l'imbrication des patrimoines susceptible de caractériser la confusion des patrimoines et de permettre l'extension d'une procédure collective, elle implique qu'existe entre des patrimoines un amalgame d'une telle ampleur que leur dissociation s'avère impossible. Comme l'a écrit Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, une telle confusion est caractérisée lorsqu'« il est impossible de distinguer les passifs nés du chef de l'un des débiteurs ou du chef de l'autre »¹. De nombreux arrêts de juges du fond font ainsi référence à cette imbrication des patrimoines, totale ou partielle, en usant de diverses formules telles que l'imbrication permanente et substantielle des actifs², le non-respect de la distinction théorique des patrimoines³, l'impossibilité d'individualiser les différentes activités des sociétés, et l'absence de communication d'une quelconque comptabilité⁴, ou encore l'existence d'« *intérêts tellement impliqués que les relations financières deviennent anormales et qu'il devient impossible de distinguer un patrimoine de l'autre* »⁵. La Cour de cassation a pour sa part eu l'occasion de se référer au « *désordre rendant impossible la détermination des droits de chacune des personnes concernées* »⁶.

Il convient d'indiquer que, si l'imbrication des patrimoines est fréquemment invoquée, elle n'est que rarement retenue comme critère exclusif permettant de caractériser une confusion des patrimoines et de permettre l'extension d'une procédure collective⁷. Souvent, outre l'imbrication des patrimoines, c'est surtout l'existence de relations financières anormales qui permet de constater une confusion des patrimoines de nature à permettre l'extension de la procédure collective. Toute la difficulté réside dans la définition de la ligne de partage entre ce qui est « normal » et ce qui ne l'est pas, étant précisé que la Cour de

¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé : Montchrestien, 8^{ème} éd. 2013, p. 213, n° 357. Nombreux sont les arrêts qui y font référence, que cette imbrication soit totale ou partielle. V. par exemple, Cass. com., 16 mai 1972 : Bull. civ. 1972, IV, n° 146 ; CA Versailles, 16 déc. 1987 : D. 1988, somm. p. 383, obs. M. CABRILLAC ; CA Toulouse, 25 mai 1999, JurisData n° 1999-040868 ; CA Bordeaux, 6 avr. 1999, JurisData n° 1999-040967 ; CA Bourges, 3 mai 1999 : JurisData n° 1999-040977.

² CA Toulouse, 25 mai 1999, préc.

³ CA Toulouse, 17 mai 1999, JurisData n° 1999-042123.

⁴ CA Bordeaux, 6 avr. 1999, préc.

⁵ CA Bourges, 3 mai 1999, préc. ; Pour un panorama de la jurisprudence relative à la caractérisation de la confusion des patrimoines susceptible de justifier l'extension d'une procédure collective, V. A. JACQUEMONT, fasc. préc. ; P.-M. LE CORRE, *op. préc.*, p. 280 et s.

⁶ Cass. com., 4 juill. 2000, JurisData n° 2000-002851 ; Act. proc. coll. 2000, comm. 174 ; JCP E 2001, n° 4, p. 173, n° 1, obs. M. CABRILLAC et P. PETEL.

⁷ En ce sens, A. JACQUEMONT, fasc. préc.

cassation apprécie beaucoup plus strictement « l'anormalité » des flux financiers entre sociétés d'un même groupe, dans la mesure où la création d'un groupe présuppose l'existence de relations financières entre sociétés¹. L'anormalité des relations entre deux sociétés peut ainsi être caractérisée par des prêts accordés entre sociétés sans contrepartie, ni remboursement², ou encore par l'absence de flux financiers, par exemple en cas de non-réclamation de loyers, à condition toutefois d'être confortée par d'autres indices. Il résulte ainsi de l'étude de la jurisprudence que l'anormalité se déduit d'abord de l'absence de toute contrepartie ; étant précisé que l'existence ou non de cette contrepartie doit s'apprécier au regard de l'ensemble des relations nouées entre les deux sociétés, et non pas au regard d'une opération envisagée isolément, sous peine d'interdire toute concertation entre des sociétés membres d'un même groupe. À ce titre, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a toujours pris garde à ce que l'extension d'une procédure collective pour confusion des patrimoines « ne devienne pas une commodité permettant d'attirer systématiquement dans une procédure collective les sociétés-mères ou sœurs de la société défaillante »³.

Ainsi, comme le soulignent plusieurs auteurs⁴, la jurisprudence commercialiste est particulièrement peu encline à étendre une procédure collective ouverte à l'encontre d'une filiale à une autre société du groupe, notamment parce qu'elle a une conception extrêmement rigoureuse de la notion de confusion des patrimoines, particulièrement entre les sociétés d'un même groupe, appelées par définition à nouer entre elles de multiples relations financières. L'affaire *Métaleurop* constitue de ce point de vue une parfaite illustration de la réticence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation à étendre une procédure collective ouverte à l'encontre d'une filiale d'un groupe à la société-mère au titre de la confusion de leurs patrimoines. En effet, dans cette affaire les juges du fond avaient estimé qu'était caractérisée une confusion des patrimoines entre une filiale placée en liquidation judiciaire et la société-mère. Ainsi, pour décider d'étendre à celle-ci la procédure collective ouverte à l'encontre de

¹ En ce sens, A. JACQUEMONT, fasc. préc. ; C. ALARY-SAINT-HOUIN, note sous. Cass. com., 19 avr. 2005, préc. ; P. PETEL, « Groupe de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi », JCP E 2007, 1423 ; C. ALARY-SAINT-HOUIN, « L'action en extension d'une procédure collective dans les groupes de sociétés, une action à parfaire ! », in *Mélanges Merle*, Dalloz 2013, p. 637 ; J.-M. DELENEUVILLE « La qualité du débiteur : des difficultés de l'extension de procédure au sein des groupes de sociétés », Rev. proc. coll. 2001, p. 61 ; D. ROBINE et J. MAROTTE : « L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés », note sous Cass. soc., 19 avr. 2005, *Métaleurop*, Rev. Sociétés 2005, p. 897 ; A. LIENHARD, « Affaire Metaleurop : cassation de l'arrêt d'extension de la procédure à la société mère », D. 2005, p. 1225.

² Cass. som., 5 juil. 2005, D. 2005, AJ 2219, obs. A. LIENHARD.

³ P. PETEL, art. préc.

⁴ En ce sens, P. PETEL, art. préc. ; C. ALARY-SAINT-HOUIN, note préc. ; A. JACQUEMONT, fasc. préc. ; C. ALARY-SAINT-HOUIN, « L'action en extension d'une procédure collective dans les groupes de sociétés, une action à parfaire ! », in *Mélanges Merle*, Dalloz 2013, p. 637 ; J.-M. DELENEUVILLE « La qualité du débiteur : des difficultés de l'extension de procédure au sein des groupes de sociétés », Rev. proc. coll. 2001, p. 61 ;

la filiale qu'elle détenait à 99 %, la Cour d'appel avait mis en exergue de nombreux indices semblant caractériser une confusion des patrimoines des deux sociétés. Outre la conclusion de conventions intragroupe, elle avait relevé l'existence de flux financiers sans contrepartie et notamment de soutiens en trésorerie apportés par la société-mère, le fait que la filiale supportait la rémunération de deux salariés qui travaillaient en réalité pour l'ensemble des sociétés du groupe, ou encore qu'elle ne disposait que d'une autonomie décisionnelle très réduite puisque la direction de la production de plomb sur le site de la filiale était confiée à un salarié d'une autre société du groupe en charge de la direction de la "ligne plomb" dans l'intérêt de l'ensemble du groupe, et ce alors même qu'aucun accord ne précisait les modalités de mise à disposition de ces salariés¹. Si tous ces éléments semblent caractériser la confusion des patrimoines des deux sociétés à même de justifier l'extension de la procédure collective ouverte à l'encontre de la filiale à la société mère, la Chambre commerciale de la Cour de cassation ne partage ce point de vue. Elle a ainsi censuré le raisonnement de la Cour d'appel en affirmant que celle-ci avait fondé sa décision sur des « *motifs impropres à caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société-mère, qu'elle a constatés, révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société-mère avec celui de sa filiale* »². La décision laisse apparemment sous-entendre que, si de telles relations avaient été constatées en dehors d'un groupe de sociétés, elles auraient été qualifiées d'anormales et auraient, à ce titre, sans doute permis l'extension de la procédure³. Comme le souligne Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « l'intégration des filiales au groupe conduit à une appréciation très restrictive de la théorie de la confusion des patrimoines. Certes, dans certains cas, l'extension ne soulève pas de difficultés parce que se constate une imbrication des patrimoines ne permettant plus de distinguer les actifs et les

¹ La Cour d'appel avait ainsi mis en exergue d'une part que **la gestion de la couverture du risque de change par le trésorier de la société mère avait entraîné un manque à gagner important et n'avait été couverte par une convention que plusieurs mois plus tard**. D'autre part, elle avait constaté que l'organisation, au sein du groupe, de lignes de produits **ne s'était pas traduite par un ajustement des conventions de "refacturation" de services inter-sociétés**, et que la filiale avait supporté les charges de ses deux salariés qui exerçaient des fonctions de conseiller technique et de contrôleur de gestion pour l'ensemble des entités du groupe concernées tandis que son autonomie décisionnelle s'avérait particulièrement réduite puisque la direction de la production de plomb sur le site de la filiale était confiée à un salarié d'une autre société du groupe en charge de la direction de la "ligne plomb" dans l'intérêt de l'ensemble du groupe et **ce alors même qu'aucun accord ne précisait les modalités de mise à disposition de ces salariés**. La Cour d'appel avait de surcroît relevé qu'après l'abandon de cette organisation, **c'était la société-mère qui avait fait face aux besoins de trésorerie de la filiale**, que les échéances de remboursement du prêt à long terme avaient été reportées de deux ans, **que le défaut de paiement de la première échéance n'avait pas provoqué de réaction particulière**, et que malgré la dépréciation de ses créances sur la filiale, la société mère avait continué à lui accorder des avances très importantes. CA Douai, 16 déc. 2004.

² Cass. com. 19 avr. 2005, Bull. civ. IV, n° 92, Bull. Joly sociétés, 1^{er} juin 2005, p. 690, note C. SAINT-ALARY-HOUIN ;

³ En ce sens,

passifs des différentes sociétés révélées par un « désordre général de la comptabilité »¹, ou « un état d'imbrication inextricable entre les sociétés »², une confusion des comptes³, mais en général la constitution des liens est plus subtile. »⁴.

Les conditions nécessaires à l'extension de la procédure sont appréciées très strictement par la Chambre commerciale, et ce particulièrement dans un groupe de sociétés dont l'organisation est susceptible de justifier, dans une certaine mesure, des relations financières entre sociétés qui, en dehors de l'existence d'un groupe, pourraient être jugées anormales. Dans la mesure où le critère discriminant est le caractère anormal des relations financières, cela suppose une sorte de définition *in abstracto* des relations susceptibles d'être qualifiées de « normales » entre sociétés d'un même groupe, *id est* le type de relations qu'il est usuel, habituel de construire dans un groupe ; définition *in abstracto* à laquelle doivent être comparées les relations effectivement nouées, appréciées *in concreto*, entre les sociétés du groupe pour caractériser l'existence ou non d'une confusion des patrimoines. De ce point de vue, la Chambre commerciale semble considérer qu'il n'est pas anormal dans un groupe de sociétés que soient prévues des conventions de gestion de trésorerie et de change, des mises à disposition de salariés ou des avances de fonds entre une société-mère et sa filiale ; alors même qu'elle sous-entend qu'en dehors d'un groupe de telles relations entre deux sociétés justifieraient l'extension à l'une de la procédure collective ouverte à l'encontre de l'autre. « L'indépendance dans l'interdépendance »⁵ qui caractérise le groupe de sociétés explique sans doute la rigueur dont fait preuve la Chambre commerciale pour admettre l'extension d'une procédure *collective* à d'autres sociétés du groupe.

Cette affaire *Metaleurop* est particulièrement intéressante en ce qu'elle met en exergue la différence de position entre Chambre commerciale et Chambre sociale de la Cour de cassation, et l'indépendance des notions de coemployeur et de confusion des patrimoines. En effet, si la Chambre commerciale a considéré que n'était pas caractérisée la confusion des patrimoines entre la société-mère du groupe *Metaleurop* et sa filiale, la Chambre sociale a pour sa part estimé qu'il ressortait de leur rapports l'existence d'une « *confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés, se manifestant notamment par une immixtion dans la gestion du personnel de la filiale* » ce dont il se déduisait que la société-

¹ CA Versailles, 13^{ème} ch., 12 oct. 1995, BRDA, 1995/12, n° 1438.

² Cass. com., 24 oct. 1995, RJDA 96/2, p. 191, n° 266 ; Rev. proc. coll. nov. 1996, obs. J.-M. CALENDINI.

³ P.-M. LE CORRE, *op. préc.*, n° 21-44.

⁴ C. ALARY-SAINT-HOUIN, note sous . Cass. com., 19 avr. 2005, *préc.*

⁵ J.-F. BARBIERI « Associés et obligataires d'une société faillie », LPA, n° 61, 1992, p. 34.

mère était le coemployeur des salariés de la filiale, et devait verser des dommages et intérêts aux salariés dont le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse¹.

Ainsi, pour éviter une instrumentalisation du droit des entreprises en difficultés par les groupes, l'action en extension de la procédure collective ouverte à l'encontre de leur employeur à une autre société du groupe peut permettre aux salariés de ne pas avoir pour seul interlocuteur le dirigeant de la filiale exsangue et ainsi d'obtenir, si ce n'est une participation du groupe à leur reclassement ou au financement de mesures du plan de sauvegarde de l'emploi, au moins une indemnisation de sa part. Toutefois, les chances de succès de cette action sont assez réduites eu égard à l'intransigeance de la Chambre commerciale en la matière.

Outre la possible extension de la procédure collective, les salariés peuvent espérer obtenir le soutien des sociétés du groupe par le biais de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ; action qui, selon Corine SAINT-ALARY-HOUIN, aurait pu aboutir dans l'affaire *Metaleurop*, si elle avait été engagée².

570. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. L'article L. 651-2, alinéa 1^{er}, du Code de commerce dispose que « *Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables* ». Ainsi, les salariés d'une filiale d'un groupe qui a été placée en liquidation judiciaire peuvent espérer voir tout ou partie de l'insuffisance d'actif de leur employeur assumée par une ou plusieurs sociétés du groupe à condition d'une part que cette dernière puisse être qualifiée de dirigeant de fait de la filiale et d'autre part qu'elle ait, en cette qualité, commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de leur employeur. La notion de dirigeant de fait est relativement floue en ce qu'elle ne peut faire l'objet d'une définition générale *in abstracto*. La jurisprudence relative à cette notion est ainsi empreinte d'une certaine casuistique, créant de fait une certaine insécurité juridique. Toutefois, des lignes directrices se dégagent de la jurisprudence pour permettre de reconnaître la qualification de dirigeant de fait. Ainsi, celle-ci

¹ Cass. soc., 28 sept. 2011, JCP S 2011, 1548, obs. H. GUYOT ; D. 2012, 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA

² C. ALARY-SAINT-HOUIN, note sous Cass. com. 19 avr. 2005, préc.

suppose qu'ait été accompli, en toute indépendance, un acte positif de gestion par la personne qualifiée de dirigeant de fait, illustrant son immixtion effective dans la gestion et le fonctionnement de la société¹. Une société du groupe qui s'immiscerait dans la gestion d'une filiale est ainsi susceptible d'être qualifiée de dirigeant de fait et ce, même si, cette immixtion est réalisée par l'intermédiaire d'un ou plusieurs de ses salariés. De ce point de vue, l'arrêt *Banque Worms* illustre la possible caractérisation de la qualité de dirigeant de fait par personne interposées. Dans cette affaire, une société avait conclu des emprunts bancaires auprès de la banque *Worms*. En contrepartie de son soutien financier, celle-ci avait exigé et obtenu la présence d'administrateurs au sein du conseil de la société emprunteuse. Deux salariés de la banque avaient été ainsi désignés membres du conseil d'administration, étant précisé qu'avait été prise la précaution de les faire nommer en leur nom personnel et non comme représentants permanents de la banque. La société fut par la suite placée en redressement judiciaire et l'administrateur judiciaire, agissant par ailleurs en qualité de commissaire à l'exécution du plan, chercha alors à faire supporter à la *Banque Worms* une partie de l'insuffisance d'actif en la qualifiant de dirigeant de fait. Il fut suivi par les juges du fond qui considérèrent que les deux salariés avaient agi exclusivement sous les directives de la banque et qu'ils en étaient donc les « intermédiaires », raisonnement validé par la Cour de cassation. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi estimé que « *les fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif d'une société en redressement ou liquidation judiciaires peuvent engager la responsabilité des personnes morales dirigeantes (...) [et notamment celle de] la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en*

¹ Sur la notion de dirigeant de fait et les risques qu'elle implique, V. J.-M. PEREZ et F. MAZERON, « Dangers de la qualification de dirigeant de fait pour les acteurs du Private Equity », JCP E 2012, 1653. ; J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 », D. 1975, chron. VII, p. 41 s. L'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 disposait que « *Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux.*

L'action se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir. Toutefois, le syndic dispose à nouveau, pour exercer l'action, d'un délai qui ne peut en aucun cas être inférieur à un an.

*Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires ». Cet article a été abrogé par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, elle-même abrogée depuis. L'action en comblement de passif est aujourd'hui prévue à l'article L. 651-2 du Code de commerce : « *Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables* ».*

redressement ou liquidation judiciaires, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société »¹. Ainsi, une société-mère ou sœur qui aurait nommé certains de ses salariés au conseil d'administration d'une filiale et qui, par leur intermédiaire, se serait immiscée effectivement dans la gestion de la filiale, pourrait être qualifiée de dirigeant de fait. Parmi les indices de l'immixtion dans la gestion d'une entreprise susceptibles de caractériser des actes positifs de gestion accomplis en toute indépendance, figure par exemple le fait qu'une société, sous couvert d'un contrat de prestation de services avec une autre société, s'était réservé l'embauche et le licenciement du personnel de ladite société, la mise en place de son organisation administrative et financière, la définition de sa politique des prix, la négociation de ses contrats ainsi que sa politique commerciale².

Un simple rôle de contrôle ou de surveillance ne suffit pas à conférer la qualité de dirigeant de fait. Pour qu'une société du groupe puisse être qualifiée de dirigeant de la filiale en liquidation ayant licencié les salariés, il faut que la première se soit immiscée dans les fonctions de direction et de gestion de la seconde en effectuant des actes positifs de direction en toute indépendance. Une société qui s'immisce dans la gestion d'une autre s'expose donc à être considérée comme dirigeant de fait et devra alors répondre de ses actes et notamment de ses éventuelles fautes de gestion qui ont contribué à l'insuffisance d'actif de la filiale placée en liquidation. De ce point de vue, constitue une faute de gestion le fait d'avoir confié à une société du groupe la poursuite d'une exploitation déficitaire, la charge ainsi imposée à cette société, sans contrepartie, au profit d'une autre société du groupe ayant excédé les possibilités financières de la filiale en liquidation³. De même, constitue une faute de gestion susceptible d'avoir contribué à l'insuffisance d'actif le retard dans la déclaration de cessation des

¹ Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15.831, JurisData n° 2006-034269 ; D. 2006, p. 2534, note R. DAMMANN et J. PASZKUDZKI ; Cass. com., 3 janv. 1995 : Bull. Joly 1995, p. 266, note A. COURET.

² Cass. com., 19 déc. 1995, Bull. civ. IV, n° 307. De même, a été qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale la société mère qui exerce une influence prédominante sur sa filiale et dispose d'une autorité de fait sur la personne de ses responsables ; CA Aix-en-Provence, 8^{ème} ch., 26 mai 1981 : D. 1983, IR. p. 60, obs. F. DERRIDA ; RJ com. 1981, p. 344 ; La Chambre commerciale a également approuvé une Cour d'appel qui avait reconnu à l'encontre d'une société mère la qualité de dirigeant de fait de sa filiale après avoir constaté que « *le capital de la SBMA était détenu à près de 100 % par la Becob, par l'intermédiaire d'une société Finadis, société mère de la SBMA et filiale de la Becob, [et avoir relevé] (...) que la SBMA ne disposait d'une autonomie que pour les actes de gestion de la vie courante et que la Becob avait contraint la SBMA à transférer des factures de manière rétroactive, à modifier ses comptes, à changer de politique salariale, à prélever des excédents de trésorerie au profit d'autres sociétés du groupe en violation de ses statuts et à procéder, contre l'avis initial du dirigeant de la SBMA, [...], à la liquidation amiable de la société ainsi qu'à la fermeture de l'entreprise* », Cass. soc. 6 juin 2000, n° 96-21-134, inédit.

³ Cass. com., 30 mars 1999, RJDA 1999, n° 704.

paiements¹. Laisser peu à peu mourir une société sur laquelle on exerce une direction de fait, sans jamais envisager de restructuration est également constitutif d'une faute de gestion².

Pour qu'une société du groupe puisse être condamnée à assumer une partie de l'insuffisance d'actif de sa filiale en liquidation, il est donc indispensable que soit démontré d'une part sa qualité de dirigeant de fait de la filiale, et d'autre part qu'elle a commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Une faute de gestion n'ayant pas participé à l'insuffisance d'actif permettra d'engager la responsabilité de la société du groupe qualifiée de dirigeant de fait sur le fondement du droit commun, mais non sur celui de l'article L. 651-2 du Code de commerce qui implique un lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actif. Ainsi, peu importe la gravité de la faute, le texte de l'article L. 651-2 du Code de commerce ne vise que la faute qui a « *contribué* » à l'insuffisance d'actif ; en la matière la théorie de l'équivalence des conditions s'applique donc. Dès lors que la société-mère, dirigeant de fait de la filiale en liquidation a commis une faute de gestion, si légère soit-elle, dont il est démontré qu'elle a été l'une des causes de l'insuffisance d'actif, sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce peut être engagée. La société-mère pourra ainsi être condamnée au paiement d'une somme qui ne saurait toutefois être supérieure à l'insuffisance d'actif.

Si l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut permettre aux salariés d'atteindre la société du groupe qui, en tant que dirigeant de fait, a commis une faute de gestion ayant conduit à l'insuffisance d'actif de leur employeur, le succès d'une telle action entraîne seulement une répartition des sommes versées par la société-mère entre tous les créanciers au marc le franc, créanciers parmi lesquels figurent bien sûr les salariés. Ainsi, en cas de faute de gestion commise par une société du groupe ayant contribué au préjudice que constitue la perte de leur emploi, il semble préférable qu'en lieu et place de cette action en responsabilité spécifique au droit des entreprises en difficulté, les salariés tentent d'engager la responsabilité de ladite société sur le fondement du droit commun.

¹ Cass. com., 8 déc. 1998, RDT com. 1999, 983, obs. P. MASCALA ; 8 oct. 1996, D. affaires 1996, 1356 ; Cass. com., 28 mai 1991, Bull. civ. IV, n° 187.

² Ainsi commet une faute dont elle devra répondre, la société-mère qui ne prend pas les mesures qui s'imposent pour tenter de redresser la situation de sa filiale, pour réduire ses effectifs, pour réduire ses déficits et pour alerter ses dirigeants sociaux des risques encourus par la poursuite d'une exploitation gravement déficitaire ; Cass. com., 19 avr. 1995, préc. De même, constitue une faute de gestion la mise en place d'un montage juridique permettant aux associés de vendre des actions de la société qu'ils dirigeaient à une holding, qu'ils contrôlaient par ailleurs, sans faire appel au marché et alors que la situation de la société se dégradait au point que la poursuite de son activité ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements (CA Versailles, 4 mai 1995 : Bull. Joly Sociétés 1995, p. 788, note A. COURET) ; ou encore une avance non remboursable à une société dans laquelle les dirigeants poursuivis avaient des intérêts, alors que les résultats de la société prêteuse étaient inquiétants et qu'elle avait acquis de la société emprunteuse des matériels à un prix bien supérieur à celui qu'elle avait elle-même payé et qu'enfin la rémunération des dirigeants constituait une part importante de la perte des exercices successifs ; Cass. com., 9 janv. 1996, n° 94-10.225, inédit.

571. Action en responsabilité délictuelle de droit commun. En cas de procédure collective, si le représentant des créanciers est, en principe, le seul à pouvoir agir en leur nom, l'action d'un créancier isolé contre un tiers est recevable dès lors qu'il justifie d'un préjudice spécial et distinct de celui invoqué par les autres créanciers. À ce titre, la Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé dans l'arrêt *Bull* au visa de l'ex-article L. 621-39, devenu L. 622-20 du Code de commerce que « *la recevabilité de l'action engagée par un créancier d'un débiteur en procédure collective contre un tiers dépend seulement du point de savoir s'il justifie d'un préjudice spécial et distinct de celui évoqué par les autres créanciers* ». Elle admet ainsi qu'en dépit de la procédure collective ouverte contre leur employeur, les salariés puissent agir en responsabilité civile contre la société-mère du groupe, puisqu'ils invoquent un préjudice propre, distinct de celui des autres créanciers, résidant notamment dans la perte de leur emploi¹. Pour qu'une telle action aboutisse à la condamnation de la société-mère, encore faut-il démontrer l'existence d'une faute de sa part ayant contribué à la réalisation du dommage spécifique que constitue la perte de leur emploi. De ce point de vue, et dans la mesure où l'obligation de reclassement et celle d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi mobilisant les moyens du groupe ne pèse que sur l'employeur², le fait que la société-mère n'y ait pas contribué ne peut, à lui seul, constituer une faute de sa part. En revanche, une société-mère ainsi qu'une société sœur ont été condamnées à indemniser les salariés d'une filiale placée en liquidation judiciaire pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et à rembourser l'AGS des avances qu'elle avait pu faire aux salariés licenciés, au motif que ces sociétés ont instrumentalisé le droit des procédures collectives pour ne pas avoir à supporter le coût de la faillite annoncée de la filiale. La Cour d'appel estime ainsi, dans la lignée de l'arrêt *Goodyear*³, que la faute de ces sociétés consiste à avoir délibérément choisi de fermer cette

¹ Cass. soc., 14 nov. 2007, Bull. civ. V, n° 188 ; CSBP, 1^{er} février 2008, n° 197, p. 81, note C. CHARBONNEAU ; B. SAINTOURENS, « Restructuration d'un groupe de sociétés et procédure collective : action en responsabilité des salariés contre la société mère », Bull. Joly soc. 2008, n° 3, p. 223 ; G. AUZERO, « Recevabilité de l'action en responsabilité engagée par des salariés, créanciers d'un débiteur en procédure collective, contre un tiers », Lexbase hebdo, éd. soc., n° N2145BDS ; JCP S 2008, 1081, note F. DUMONT ; RDT 2008, p. 104, note Y. CHAGNY.

² Cass. soc., 13 janv. 2010, préc.

³ Cass. soc., 1^{er} fév. 2011, *Goodyear*, Bull. civ. V, n° 42 ; Rev. sociétés 2011, p. 154, obs. A. COURET ; P. BAILLY, « Les limites de la cessation d'activité, comme cause de licenciement pour motif économique », Rev. Juridique de l'éco. pub. 2011, comm. 25 ; JCP G 2011, 254, note P. MORVAN ; JCP S 2011, act. 79, note P. MORVAN ; P. MORVAN, « La mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale dans un groupe », Bull. Joly soc. 2011, n° 3, p. 215 ; J.-L. VALLENS, « Cessation d'activité d'une filiale et licenciements économiques : une nouvelle donne », Bull. Joly ent. en diff. 2011, n° 2, p. 140 ; C. PARES, « La cessation d'activité est-elle un moyen de détourner le droit du travail ? », SSL 2011, 1508, suppl. ; F. AUBONNET, « Cessation totale d'activité au sein d'un groupe : l'étau se resserre », SSL 2011, n° 1504 suppl. ; G. AUZERO, « Fermeture définitive et totale de l'entreprise et légèreté blâmable de l'employeur », Lexbase Hebdo éd. sociale, n° N4840BRP.

filiale non pas pour sauvegarder la compétitivité du groupe, mais pour réaliser des économies et améliorer la rentabilité du groupe, privant ainsi de cause réelle et sérieuse les licenciements fondés sur la cessation d'activité de la filiale. La Cour d'appel stigmatise également le fait que ces sociétés n'ont entrepris aucune restructuration ou stratégie de relance pour tenter de sauver la filiale, bien au contraire, elles ont, par leur comportement, accéléré la défaillance de la filiale, notamment en ayant mis en œuvre son rachat par un LBO, mais surtout en ayant décidé de la captation de son activité par une autre société du groupe, ce qui constitue selon les juges une faute délictuelle à l'origine du préjudice spécial des salariés que constitue la perte injustifiée de leur emploi, préjudice que les sociétés du groupe sont condamnées à réparer¹.

Par ailleurs, il semble vraisemblable que si une société du groupe, la société-mère par exemple, est qualifiée de dirigeant de fait et qu'elle a commis une faute de gestion consistant par exemple à poursuivre l'exploitation déficitaire de la filiale sans mettre en œuvre aucune restructuration, ou qu'elle n'a pas procédé à temps au dépôt de bilan et que cela a aggravé la situation de la filiale, la conduisant à une liquidation certaine et privant ainsi les salariés de toute chance de conserver un emploi ou d'être reclassés, les salariés devraient pouvoir obtenir la condamnation de la société-mère à réparer le préjudice spécial que constitue la perte de leur emploi.

Lorsqu'ils sont victimes de décisions prises au niveau du groupe, consistant à instrumentaliser le droit des procédures collectives pour écarter le droit commun du licenciement pour motif économique, et notamment « empêcher » la contestation directe de l'existence d'une cause réelle et sérieuse à l'appui de leur licenciement, les salariés disposent de divers instruments juridiques pour tenter d'atteindre les sociétés du groupe et d'obtenir une indemnisation de leur part. Cependant, les chances de succès de ces actions sont relativement aléatoires et ne permettent en tout état de cause que d'obtenir des dommages et intérêts *a posteriori*, aucunement de préserver leur emploi ou de contrer l'instrumentalisation du droit des procédures collectives par les groupes de sociétés.

Ainsi, le risque d'instrumentalisation des procédures collectives pour éluder la protection accordée aux salariés en cas de restructuration destructrice d'emploi ne saurait être ignoré, et ce d'autant plus que le juge prud'homal voit sa compétence réduite à peau de chagrin. En effet, les décisions prises dans le cadre de la procédure collective ferment la voie

¹ CA Versailles, 31 oct. 2011, n° 10/00578

à la contestation du caractère réel et sérieux du motif de licenciement, alors même que le contrôle du bien-fondé des ruptures dans le cadre de la procédure collective est peu rigoureux au cours de la période d'observation, et inexistant en cas d'adoption d'un plan de redressement ou de cession ou du prononcé de la liquidation. Pour autant, le conseil de prud'hommes conserve tout de même une compétence résiduelle relative à la situation individuelle des salariés licenciés.

b - La compétence du conseil de prud'hommes relative à la situation individuelle des salariés licenciés dans le cadre d'une procédure collective.

572. Si les salariés ne peuvent saisir le conseil de prud'hommes d'une contestation relative au motif économique de leur licenciement judiciairement autorisé, il reste compétent pour statuer sur certains aspects de leur situation individuelle. En effet, la Cour de cassation décide que l'autorité de la chose jugée attachée tant à l'ordonnance rendue par le juge-commissaire, qu'aux jugements du tribunal arrêtant le plan de redressement/cession ou prononçant la liquidation, ne concerne que la réalité et le sérieux de la cause économique et de son incidence sur l'emploi du salarié¹. Le juge prud'homal peut donc être saisi de toute contestation relative à la situation individuelle d'un salarié licencié au cours d'une procédure collective, dès lors que cela ne l'amène pas à rejuger les éléments de droit ou de fait déjà appréciés par le juge-commissaire ou le tribunal.

573. Vérification de l'existence d'une autorisation judiciaire et de l'absence de fraude. Il va de soi tout d'abord que le conseil de prud'hommes peut être saisi afin de s'assurer que le licenciement prononcé au cours de la procédure collective a bien été autorisé. Si tel n'est pas le cas, faute d'autorisation dans l'ordonnance du juge-commissaire de rompre des contrats de travail dans la catégorie professionnelle du salarié par exemple, le licenciement à l'appui duquel aucune autre cause n'est invoquée est dépourvu de cause réelle et sérieuse². La sanction du défaut d'autorisation par le juge-commissaire n'est donc pas la nullité, comme certains auteurs l'avaient soutenu estimant que cette autorisation était une condition *ad validitatem* des licenciements au cours de la période d'observation. Ces auteurs

¹ Cass. soc., 8 juin 1999, préc. ; Cass. soc., 10 mai 1999, préc.

² Cass. soc., 3 mai 2001, Bull. civ. V, n° 151 ; Cass. soc., 30 mai 1990, Bull. civ. V, n° 258.

considéraient ainsi qu'il fallait sanctionner l'absence d'autorisation judiciaire par la nullité des ruptures, le contentieux de l'annulation devant relever, selon eux, du tribunal de la procédure¹. Peu encline à admettre la nullité d'un licenciement en l'absence de disposition légale en ce sens ou de violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale, la Cour de cassation sanctionne le défaut d'autorisation judiciaire du licenciement au cours de la période d'observation par l'absence de cause réelle et sérieuse de ce dernier².

Par ailleurs, il appartient au juge prud'homal de vérifier que les salariés licenciés relèvent bien des activités et catégories professionnelles mentionnées dans le jugement arrêtant le plan de redressement, à défaut le licenciement sera également dépourvu de cause réelle et sérieuse³. De même, si le nombre de licenciements prononcés par l'administrateur est supérieur à celui judiciairement fixé, les ruptures surnuméraires se trouvent soumises au droit commun et sont ainsi, soit dépourvues de cause réelle et sérieuse, faute d'être motivées par une cause économique légitime telle que prévue à l'article L. 1233-3 du Code du travail, soit privées d'effet en cas d'adoption d'un plan de cession puisque dans cette hypothèse les licenciements sont prononcés en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁴. Le juge social est donc compétent pour s'assurer non seulement de la réalité de l'autorisation judiciaire du licenciement mais aussi de sa conformité aux prescriptions du droit des procédures collectives. Ainsi, si l'ordonnance ou le jugement n'indique pas le nombre de ruptures autorisées, ou les activités et catégories professionnelles concernées, ou s'il se limite à viser nominativement les salariés dont le licenciement est autorisé, cela équivaut à une absence d'autorisation sanctionnée par l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements⁵. De même, si le jugement arrêtant le plan de cession se borne à prévoir la reprise de tout ou partie

¹ N. MAGGI-GERMAIN, art. préc. ; F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1991, n° 493 ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, Litec, 2^{ème} éd., 1995, n° 1394, cet auteur estime quant à lui que le tribunal de la procédure devrait être compétent pour apprécier l'existence de l'autorisation judiciaire, la nullité des licenciement relevant quant à elle de la compétence du conseil de prud'hommes.

² Cass. soc., 30 mai 1990, préc. Par ailleurs, il convient d'indiquer que si la décision autorisant le prononcé des licenciements est annulée, ils sont privés de fondement à moins que la Cour d'appel annulant ce jugement ait ouvert par la même décision une liquidation judiciaire (Cass. soc., 16 déc. 2008, Bull. civ. V, n° 253 ; JCP S 2009, 1125, note L. FIN-LANGER.). De même, si le jugement qui prononce la résolution du plan de cession prévoit dans son dispositif le maintien des actes passés par les administrateurs en exécution du jugement arrêtant le plan et l'absence d'effet rétroactif de la résolution sur les licenciements notifiés par ces derniers, la validité de ces licenciements, ne peut être contestée (Cass. soc., 9 juil. 2008, Bull. civ. V, n° 156.).

³ Cass. soc., 12 déc. 2001, Bull. civ. V, n° 382.

⁴ Cass. soc., 12 mars 2008, JCP S, 1276.. En effet, les licenciements prononcés sans avoir été autorisés par le plan de cession ne sont pas sans cause réelle et sérieuse ; ils sont privés d'effet du fait de la violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail qu'ils induisent ; cet article imposant le maintien des contrats de travail avec le cessionnaire en cas de cession.

⁵ Cass. soc., 5 oct. 2004, RJS 2004, n° 1269 ; Cass. soc., 23 mai 2007, RJS 8-9/07, n° 927.

du personnel¹, les licenciements seront dépourvus d'effet, la Cour de cassation étant très rigoureuse dans l'appréciation des exceptions à l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Le conseil de prud'hommes est également compétent pour s'assurer que l'ordonnance ou les jugements n'ont pas été obtenus par fraude. Ainsi, le fait que le salarié dont le licenciement a été autorisé par le juge-commissaire soit remplacé immédiatement après la rupture démontre que l'ordonnance a été obtenue par fraude, ce qui prive le licenciement de cause réelle et sérieuse². Toutefois, s'ils constatent que la rupture du contrat intervient dans le cadre du jugement arrêtant le plan de cession visé dans la lettre de licenciement, les juges du fond n'ont pas à rechercher si l'emploi du salarié a été effectivement supprimé, dès lors qu'il n'est pas soutenu que l'autorisation de licenciement prévue par ce jugement a été obtenue par fraude³. Il est ainsi indispensable que les salariés invoquent la fraude lors de la saisine du juge prud'homal lorsqu'ils ont été remplacés après la rupture de leur contrat, faute de quoi l'autorité de chose jugée s'imposera au conseil de prud'hommes.

Le juge social est également compétent s'agissant de la motivation de la lettre de licenciement. La rupture est ainsi dépourvue de cause réelle et sérieuse si la lettre de licenciement ne vise pas l'ordonnance du juge-commissaire, le jugement prononçant la liquidation, ou celui arrêtant le plan en précisant qu'il autorise des licenciements⁴. Par ailleurs, et à l'instar de toute lettre de licenciement pour motif économique, l'indication de la priorité de réembauche est obligatoire⁵, y compris en cas de licenciement consécutif au prononcé de la liquidation judiciaire avec cessation totale d'activité. La jurisprudence estime curieusement que l'omission de cette mention cause nécessairement un préjudice salarié même si l'entreprise ne poursuit pas son activité pendant les opérations de liquidation⁶.

Pour mémoire, les licenciements doivent être prononcés dans les vingt-et-un jours suivant le jugement prononçant la liquidation (contre quinze lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas exigé) ou dans le mois suivant celui qui arrête le plan de redressement ou de cession pour que les salariés bénéficient de la couverture AGS. Faute de respecter ces délais, les créances résultant du licenciement ne seront pas garanties, ouvrant dès lors droit

¹ Cass. ch. mixte, 7 juil. 2006, préc. ; Cass. soc., 11 fév. 2009, précité ; en ce sens également Cass. soc., 30 juin 1992, Dr. soc. p. 837, dans lequel la Cour de cassation condamne la pratique d'un plan autorisant le licenciement de tous les salariés et prévoyant dans le même temps la reprise de 32 d'entre eux, de telles ruptures sont contraire à L. 1224-1 et partant sans effet.

² Cass. soc., 27 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 452.

³ Cass. soc., 9 juil. 2008, préc.

⁴ Cass. ass. pl., 24 juin 2003, préc.

⁵ Art. L. 1233-16, C. trav.

⁶ Cass. soc., 15 juin 2004, RJS 2004, n° 1026.

aux salariés à une action en responsabilité à l'encontre du mandataire judiciaire. Les articles L. 631-19 et L. 642-5 disposent que les licenciements autorisés **doivent** intervenir dans le délai d'un mois après le jugement. Pour autant, la Cour de cassation décide que la méconnaissance de ce délai n'a pas pour conséquence de priver d'effet l'autorisation de licenciement¹. Selon la Cour de cassation, ce manquement ne constitue qu'une irrégularité de forme², qui n'entraîne pas la nullité du licenciement³, mais qui cause en revanche nécessairement un préjudice aux intéressés qui peuvent en demander réparation devant le juge prud'homal⁴. Rappelons que s'agissant du licenciement d'un salarié bénéficiant d'une protection particulière, il suffit que le mandataire judiciaire ait manifesté l'intention de rompre le contrat dans le délai⁵.

574. Respect de l'obligation de reclassement. Si les salariés ne peuvent contester la cause économique de leur licenciement autorisé dans le cadre d'une procédure collective, ils sont admis en revanche à saisir le conseil de prud'hommes pour faire constater un manquement à l'obligation de reclassement⁶. Ainsi, si l'administrateur est tenu de joindre à sa demande d'autorisation de licenciement, ou d'indiquer dans le projet de plan de redressement, les justifications de ses diligences en vue de faciliter le reclassement des salariés ; l'ordonnance du juge-commissaire, pas plus que le jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation, ne sauraient avoir autorité de chose jugée sur le respect de l'obligation de reclassement⁷. En effet, d'une part la production des justificatifs relatifs aux recherches de reclassement n'est qu'une condition de forme, et d'autre part ni le juge-commissaire, ni le tribunal de la procédure ne sont amenés à prendre position sur l'effectivité des efforts de reclassement, pas plus qu'ils ne statuent au fond sur le respect de cette obligation.

L'appréciation des possibilités de reclassement implique en effet de s'intéresser à la situation individuelle du salarié licencié, et ce, *in concreto*. Ainsi, c'est au vu des qualités professionnelles du salarié, de son expérience, de sa capacité d'adaptation aux postes disponibles dans le groupe, etc., que doit être apprécié le respect de l'obligation de reclassement. Or, dans la mesure où le juge-commissaire et le tribunal se bornent à autoriser

¹ Cass. soc., 21 sept. 2005, JCP S 2005, 1335, note R. VATINET.

² Cass. soc., 10 juil. 2002, Bull. civ. V, n° 242.

³ Cass. soc., 12 juil. 2005, RJS 10/05, n° 968.

⁴ Cass. soc., 10 juil. 2002, préc.

⁵ Art. L. 631-19, C. com., *in fine*.

⁶ Cass. soc., 8 juin 1999, préc.

⁷ Certains auteurs avaient soutenu l'inverse, en ce sens, M. MORAND, « Plans sociaux et procédures collectives », JCP E 1997, I, 691, n° 13.

le principe du licenciement *in abstracto*, ils ne sont pas en mesure, au moment où ils statuent, de vérifier si, à l'égard d'un salarié en particulier, l'administrateur a mis en œuvre tous les efforts de reclassement afin de tenter d'éviter la rupture du contrat de travail. Au surplus, s'il joint des justificatifs des diligences mises en œuvre pour tenter de trouver une alternative aux licenciements, au moment où il sollicite l'autorisation judiciaire, l'administrateur n'a, en réalité, guère eu le temps de procéder qu'à des démarches symboliques. Il semble plus qu'improbable qu'il ait eu le loisir avant de demander l'autorisation, de recenser les postes disponibles dans l'entreprise, mais aussi dans les sociétés du groupe avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable. Il est dès lors parfaitement logique qu'aucune autorité de chose jugée ne soit attachée à l'ordonnance ou aux jugements sur ce point, et que le conseil de prud'hommes conserve une compétence pleine et entière en matière d'obligation de reclassement.

Les salariés licenciés au cours d'une procédure collective pourront donc saisir le juge prud'homal d'une contestation relative à l'exécution de l'obligation de reclassement qui n'est pas véritablement l'objet d'un traitement spécifique dans le cadre d'une entreprise en difficulté. Certes, la situation relativement critique de l'entreprise sera prise en compte par le juge lors du contrôle des recherches de reclassement effectuées par l'administrateur ; toutefois, la jurisprudence se montre relativement exigeante, qu'il s'agisse du cadre spatio-temporel ou de l'effectivité des efforts de reclassement, y compris en cas de procédure collective. Ainsi, n'ont pas satisfait l'obligation de reclassement « *les liquidateurs ne [rapportant] pas la preuve, (...), des démarches qu'ils prétendaient avoir entreprises auprès de la société mère pour recenser les postes disponibles au sein du groupe* », peu important le « *conflit existant avec la société mère, [ou] la volonté présumée de celle-ci de refuser de concourir à tout reclassement* »¹. Pour mémoire, si cette obligation préalable à tout licenciement pour motif économique n'a pas été loyalement exécutée, le licenciement se trouvera, conformément au droit commun, privé de cause réelle et sérieuse², peu important qu'il ait été autorisé dans le cadre de la procédure de redressement ou de liquidation.

575. Exclusion de la compétence du conseil de prud'hommes s'agissant des salariés protégés. Si la compétence du juge prud'homal se trouve réduite du fait de l'autorisation judiciaire des licenciements au cours de la période d'observation s'agissant des salariés

¹ Cass. soc., 7 juil. 2009, n° 07-45.584 à n° 07-45.586, RJS 1/08, n° 18.

² Cass. soc., 7 juil. 2009, préc.

« ordinaires », elle l'est davantage encore concernant les salariés titulaires d'un mandat, licenciés en vertu d'une autorisation administrative. En effet, l'ouverture d'une procédure collective n'emporte pas mise à l'écart des statuts protecteurs offerts par le droit du travail à certaines catégories de salariés. Dès lors, l'administrateur, lorsqu'il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé, est tenu de solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Ce dernier devra se livrer à un contrôle minutieux du respect de la procédure et notamment de l'existence d'une autorisation judiciaire en bonne et due forme. En effet, dans une affaire où un salarié protégé avait été licencié après autorisation de l'inspecteur du travail et du juge-commissaire dont l'ordonnance était pourtant théoriquement dépourvue d'effet en ce qu'elle visait nominativement l'intéressé, la Cour de cassation a décidé de faire primer le statut protecteur sur le régime dérogatoire des licenciements pour motif économique prononcés au cours de la période d'observation. Selon elle, l'irrégularité de l'ordonnance du juge-commissaire est couverte par l'autorisation administrative, ce dont il résulte que « *le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, se prononcer sur le caractère réel et sérieux de la cause de licenciement* »¹. Il est donc capital que les inspecteurs du travail procèdent à un contrôle rigoureux de l'existence de l'autorisation du juge-commissaire, ou du tribunal de la procédure, dans la mesure où leur autorisation de licenciement purge toute irrégularité de l'autorisation judiciaire dans le cadre de la procédure collective². Le conseil de prud'hommes voit donc sa compétence réduite à peau de chagrin s'agissant du licenciement pour motif économique d'un salarié protégé au cours d'une procédure collective. En effet, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, il ne peut apprécier ni le réel et le sérieux de la cause du licenciement, ni la régularité de la procédure antérieure à la saisine de l'inspecteur du travail, ni le respect de l'obligation de reclassement, y compris conventionnelle, puisque le contrôle administratif « *porte notamment sur le respect par l'employeur des obligations que des dispositions conventionnelles mettent à sa charge préalablement au licenciement, pour favoriser le reclassement* »³. En tout état de cause, le juge prud'homal est compétent pour s'assurer du respect de la procédure spécifique de

¹ Cass. soc., 14 fév. 2007, Bull. civ. V, n° 23 ; Dr. soc. 2007, p. 557, rapp. P. BAILLY ; Dr. soc. 2007, p. 561 note P.-Y. VERKINDT.

² En ce sens, G. DUMORTIER, concl. ss. CE, 15 nov. 2010, Dr. soc. 2011, p. 181.

³ Cass. soc., 3 mai 2010, Bull. civ. V, n° 50.

licenciement et constater la nullité du licenciement du salarié protégé intervenu en violation de ce statut protecteur¹.

De même, il appartient au juge prud'homal de s'assurer que les dispositions destinées à protéger certains travailleurs contre le licenciement, tels que les victimes d'un risque professionnel ou les femmes enceintes, ont bien été respectées. Ainsi, l'administrateur ne saurait prononcer le licenciement d'une salariée pendant son congé maternité, une telle notification, contraire aux dispositions de l'article L. 1225-4 du Code du travail, est sanctionnée par la nullité de la rupture². Il en irait de même en cas de licenciement pendant la suspension du contrat d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, sans que l'administrateur ne démontre l'impossibilité de maintenir le salarié dans l'entreprise ou la commission par ce dernier d'une faute grave³.

Les salariés ne peuvent donc contester directement devant le conseil de prud'hommes l'existence d'un motif économique réel et sérieux fondant leur licenciement, du fait de l'autorité de la chose jugée attachée aux autorisations judiciaires sur ce point. Cependant, le conseil de prud'hommes pourra tout de même être amené à déclarer sans cause réelle et sérieuse le licenciement intervenu au cours de la procédure collective, en cas de violation d'une règle dont la sanction est la présomption irréfragable d'absence de justification légitime du licenciement. Il en va notamment ainsi en cas de violation de l'obligation de reclassement ou de motivation insuffisante la lettre de licenciement.

Ainsi, afin de tenir compte de la situation relativement critique de l'entreprise en difficulté tout en assurant un contrôle de la décision de licencier afin que soit pris en compte l'objectif de maintien de l'emploi assigné aux procédures collectives, le droit social et le droit des entreprises en difficulté encadrent le prononcé des ruptures, en les subordonnant à une autorisation judiciaire préalable. Toutefois, il convient de ne pas se leurrer, le contrôle judiciaire de la légitimité et de la nécessité de licenciement pour motif économique est au

¹ Cass. soc., 22 sept. 2010, Bull. civ. V, n° 190 ; Lettre d'actualité des proc. coll. civ. et com. n° 18, nov. 2010, 254, note L. FIN-LANGER ; JCP S 2010, 1487, note J.-Y. KERBOUC'H. Il convient de noter que cet arrêt revient sur le point de départ de la protection du conseiller du salarié, désormais elle court à compter du jour où la liste est arrêtée par le Préfet indépendamment des formalités de publicité prévues par l'article D. 1232-5 du Code du travail. De même, cet arrêt affirme qu'est nul le licenciement d'un conseiller du salarié prononcé par le liquidateur sans qu'un entretien préalable n'ait été réalisé avant la demande d'autorisation administrative de licenciement conformément aux prescriptions de l'article R. 2421-3, peu important l'ignorance par le liquidateur de la qualité de conseiller du salarié de l'intéressé

² Cass. soc., 19 mars 2008, Bull. civ. V, n° 69, relatif à un licenciement prononcé dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

³ Cass. soc., 24 mars 2010, préc.

mieux superficiel, au pire inexistant. En effet, les juges-commissaires font preuve d'un relatif laxisme dans l'appréciation du caractère urgent, inévitable et indispensable des ruptures dont l'autorisation est sollicitée. Quant au tribunal de la procédure lorsqu'il arrête le plan de redressement ou de cession, il se contente d'entériner les prévisions sociales du projet, sans contrôler aucunement le bien-fondé des licenciements. Cette protection se trouve de surcroît amoindrie par la fermeture de tout recours individuel des salariés à l'encontre des décisions judiciaires, qui portent pourtant atteinte à leur droit constitutionnel à l'emploi en autorisant leur licenciement, alors même que l'autorité de chose jugée attachée à ces décisions leur interdit par la suite de contester devant le conseil de prud'hommes le réel et le sérieux du motif économique fondant la rupture.

Au contrôle judiciaire de la décision de licencier dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre de l'entreprise, vient s'ajouter celui effectué par les représentants du personnel. Toutefois, dans le cadre d'un grand licenciement collectif dans une entreprise d'au moins cinquante salariés placée en redressement ou en liquidation judiciaire, le contrôle effectué par les représentants du personnel donne lieu à une procédure d'information/consultation du comité d'entreprise allégée par rapport à celle applicable dans les entreprises *in bonis*, afin de tenir compte de l'exigence de célérité dans la mise en œuvre de la restructuration, eu égard à la situation critique dans laquelle se trouve l'entreprise.

§ 2 - Le contrôle allégé par les représentants du personnel de la décision de licencier au cours d'une procédure collective.

Parce que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une entreprise met en exergue sa situation particulièrement alarmante, son redressement éventuel nécessitant souvent la mise en œuvre rapide d'une restructuration impliquant généralement le prononcé de licenciements pour motif économique, le droit social concilie exigence de célérité du processus décisionnel et droit des salariés à participer par l'intermédiaire de leur représentants à la gestion de l'entreprise, en adaptant la procédure de contrôle par le comité d'entreprise de la décision de prononcer un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins à l'encontre de laquelle est ouverte une procédure collective.

576. Au gré des multiples réformes connues par le droit du licenciement pour motif économique, seule la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise relative aux projets de restructuration et à ceux de licenciement collectif a fait l'objet d'un aménagement, afin de tenir compte des exigences propres au droit des entreprises en difficulté, et notamment de la nécessité d'alléger cette procédure afin de permettre une réalisation relativement rapide de la compression des effectifs, souvent indispensable au redressement de l'entreprise. Bien que l'ouverture d'une procédure collective, tout comme la possible mise en œuvre dans ce cadre d'une restructuration destructrice d'emploi, *via* par exemple l'adoption d'un plan de redressement ou de cession, soit susceptible d'affecter les conditions de santé -notamment mentale¹- de sécurité et de travail des salariés, la consultation du CHSCT n'a pas fait l'objet d'aménagements particuliers dans le cadre des procédures collectives.

Certes, il aura fallu attendre la loi du 14 juin 2013 pour que le rôle du CHSCT en cas de restructuration destructrice d'emploi fasse l'objet d'une consécration officielle dans le Code du travail. Si la loi de sécurisation de l'emploi a levé tout doute sur l'obligation de l'employeur de consulter le CHSCT en cas de restructuration destructrice d'emploi en consacrant le droit de ce dernier de recourir à expert dans une telle hypothèse², nulle adaptation de la consultation du CHSCT en cas de procédure collective n'a été prévue par cette loi. Profonde réforme du droit des grands licenciements collectifs remaniant la procédure d'information/consultation des représentants du personnel lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est exigé, et imposant la validation/homologation de ces projets par l'Administration, la loi de sécurisation de l'emploi a prévu l'application de ce « nouveau droit » des grands licenciements collectifs aux entreprises soumises à une procédure collective moyennant certains aménagements.

577. Toutefois, l'articulation issue de la loi de sécurisation de l'emploi entre les interventions du tribunal de la procédure, du comité d'entreprise, et de l'Administration était relativement obscure et nuisait à l'efficacité des missions du comité d'entreprise et de la DIRECCTE dont les pouvoirs, en cours de procédure, étaient paralysés à certaines étapes de la procédure collective, sans doute du fait d'une malfaçon législative. Le Gouvernement a donc saisi l'occasion de l'ordonnance du 12 mars 2014 pour redéfinir l'articulation des

¹ La seule annonce du dépôt de bilan suscitant en général nombre d'inquiétudes chez les salariés

² Art. L. 4614-12-1, C. trav.

interventions des différents interlocuteurs : tribunal, représentants du personnel et Administration du travail, en modifiant certaines dispositions des codes de commerce et du travail avec « *pour objectif principal de clarifier les conditions d'application aux procédures collectives des dispositions issues de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi* »¹. Cet objectif nous semble loin d'être atteint, dans la mesure notamment où certaines modifications apportées au Code de commerce n'ont pas été répercutées à l'article L. 1233-58 du Code du travail...

Pour la première fois en matière de procédure collective, cette ordonnance introduit, tant dans le Code de commerce que dans le Code du travail, une référence à la consultation du CHSCT en cas de grand licenciement collectif projeté dans une entreprise de cinquante salariés au moins soumise à une procédure collective. Cependant, mise à part la fixation d'une date butoir pour que le CHSCT, ou éventuellement l'instance de coordination, rende son avis sur l'opération projetée², aucun aménagement de la procédure d'information/consultation du CHSCT n'est prévu en cas de procédure collective. C'est pourquoi nous allons nous concentrer sur les aménagements de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise qui pour sa part est l'objet d'adaptations dans les entreprises en difficulté.

578. Par ailleurs, il convient d'indiquer que, assez curieusement, la loi de sécurisation de l'emploi a exclu la faculté pour les délégués du personnel d'exercer leur mission de suppléance en l'absence de comité d'entreprise constatée dans un procès-verbal de carence, lorsqu'est projeté un grand licenciement collectif dans une entreprise d'au moins cinquante salariés soumise à une procédure collective³. Si les délégués du personnel doivent être consultés sur le fondement de l'article L. 2323-15 du Code du travail sur le projet de restructuration et de compression des effectifs en lieu et place du comité d'entreprise dont la carence a fait l'objet d'un procès-verbal, leur consultation sur le projet de licenciement collectif est pour sa part exclue. Cette exclusion, qui n'a pas été remise en cause dans le cadre de l'ordonnance du 12 mars 2014, nous semble éminemment critiquable en ce qu'elle porte atteinte, sans justification aucune, au droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise par le biais de leurs représentants, et pourrait à ce titre donner lieu à une question prioritaire

¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO du 14 mars 2014 p. 5243.

² Art. L. 631-19, III (plan de redressement), L. 642-5 (plan de cession) et L. 641-4 (liquidation), C. com.

³ L'article L. 1233-58, I, 3°, du Code du travail prévoit ainsi que ne s'applique pas en cas de procédure collective le dernier alinéa du II de l'article L. 1233-30 du Code du travail qui dispose que « *Lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise et qu'un procès-verbal de carence a été transmis à l'inspecteur du travail, le projet de licenciement est soumis aux délégués du personnel.* ».

de constitutionnalité qui devrait selon toute vraisemblance aboutir à l'abrogation de cette exclusion infondée et sans doute non voulue par le législateur...

579. Si la procédure d'information/consultation du comité dans une telle hypothèse est allégée par rapport à celle mise en œuvre dans le cadre d'une entreprise *in bonis*, elle doit en toute hypothèse être respectée par l'employeur, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur selon les cas. À ce titre, la CJUE a rappelé avec fermeté que « *Les articles 1^{er} à 3 de la directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'appliquent à la cessation des activités d'un établissement employeur à la suite d'une décision de justice ordonnant sa dissolution et sa liquidation pour insolvabilité, alors même que, dans le cas d'une telle cessation, la législation nationale prévoit la résiliation avec effet immédiat des contrats de travail des travailleurs.* »¹. L'information et la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement collectif prévues à l'article 2 de la directive doivent donc impérativement être mises en œuvre, et ce en toutes circonstances, y compris lorsque l'ouverture de la procédure collective conduit à la liquidation de l'entreprise².

Si la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet de grand licenciement collectif est allégée lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de l'entreprise (B), la simple ouverture d'une telle procédure, en ce qu'elle constitue indiscutablement une décision relative à la marche générale de l'entreprise, confère au comité d'entreprise des prérogatives spécifiques. Il doit ainsi être informé et consulté aux différentes étapes de la procédure et auditionné par le tribunal de la procédure avant que ce dernier ne rende certaines décisions relatives au sort de l'entreprise (A).

¹ CJUE, 3 mars, 2001, aff. C-235/10 à C-239/10, JCP S 2011, 1417, obs. A. MARTINON ; la législation luxembourgeoise prévoit en effet que la liquidation d'une entreprise prononcée par un tribunal entraînant sa dissolution du fait de son insolvabilité entraîne de plein droit la résiliation à effet immédiat des contrats des salariés.

² Dir. 98/59, du 20 juil. 1998, préc., art. 2.

A – Les prérogatives du comité d'entreprise spécifiques à l'ouverture d'une procédure collective.

Au titre de sa compétence générale, le comité d'entreprise doit pouvoir assurer la prise en compte des intérêts des salariés dans les décisions relatives à la marche générale de l'entreprise, étant précisé que l'article L. 2323-44 du Code du travail impose sa consultation à différentes étapes de la procédure collective, tandis que l'article et L. 2323-45 dudit code prévoit que le représentant du comité d'entreprise doit être entendu par le tribunal de la procédure avant que certaines décisions ne soient arrêtées par lui. Ces articles renvoient tous deux à différentes dispositions du Code de commerce relatives au déroulement de la procédure collective et aux informations, consultations et auditions des représentants du personnel qui doivent avoir lieu à divers stades de la procédure.

580. Information/consultation du comité. L'article L. 2323-44, 1°, du Code du travail impose à l'employeur d'informer et de consulter le comité d'entreprise avant de saisir le tribunal pour procéder à la déclaration de cessation des paiements, et demander l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'entreprise. Lors de la consultation du comité précédant le dépôt de bilan, il est important de prévoir à l'ordre du jour de la réunion, la désignation par ses membres de leur représentant auprès du tribunal de la procédure¹. En effet, le comité doit avoir désigné parmi ses membres celui qui le représentera auprès du tribunal de la procédure et qui devra notamment être entendu par le tribunal aux différentes étapes clef de la procédure, et pourra éventuellement exercer les voies de recours ouvertes au comité². Il est préférable que cette désignation ait lieu lors de la réunion du comité précédant le dépôt de bilan dans la mesure où le débiteur doit joindre à la demande d'ouverture d'une procédure collective de nombreuses informations parmi lesquelles le nom du représentant du comité d'entreprise, s'il a été désigné³. Si tel n'est pas le cas, notamment parce que la demande d'ouverture de la procédure collective n'émane pas du débiteur, l'article R. 621-2 du Code de commerce dispose qu'« *Avant qu'il ne soit statué sur l'ouverture de la procédure, le greffier, à la demande du président du tribunal, avise le représentant légal de la personne morale débitrice ou le débiteur personne physique qu'il doit réunir le comité d'entreprise ou,*

¹ Le tribunal compétent est le tribunal de commerce lorsque que le débiteur, personne physique ou morale, est artisan ou commerçant et le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas. art. L. 621-2, C. com.

² Art. L. 661-10, C. com.

³ Art. R. 621-1, 8°, C. com.

à défaut, les délégués du personnel, pour que soient désignées les personnes habilitées à être entendues par le tribunal et à exercer les voies de recours conformément à l'article L. 661-10. Une copie de cet avis est adressée par le greffier au secrétaire du comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Le procès-verbal de désignation est déposé au greffe. ». L'information/consultation du comité est un préalable obligatoire à la déclaration de cessation des paiements auprès du tribunal de la procédure.

Une fois la procédure collective ouverte, le comité d'entreprise doit être informé et consulté sur les mesures envisagées dans le projet de plan de redressement ou de cession au vu des offres reçues¹, ainsi que sur le bilan économique et social et environnemental établi par l'administrateur, étant précisé qu'avant même de procéder à cette consultation l'administrateur doit informer le comité de l'avancement de ses travaux².

Le comité d'entreprise devra en outre être informé et consulté sur les projets de grand licenciement collectif décidés dans le cadre de la procédure collective selon les modalités spécifiques prévues par le Code de commerce et l'article L. 1233-58 du Code du travail sur lesquelles nous nous pencherons ultérieurement.

Outre ces informations/consultations spécifiques du comité aux différents stades de la procédure collective, le représentant du comité doit être entendu par le tribunal avant que ce dernier ne statue sur diverses questions.

581. Auditions du représentant du comité par le tribunal de la procédure. L'article L. 2323-45 du Code du travail impose l'audition du représentant du comité par le tribunal de la procédure à différentes phases de la procédure. Ainsi, saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, le tribunal de la procédure doit entendre le représentant du comité d'entreprise avant de statuer sur l'ouverture de la procédure collective³. Par ailleurs, une audition du représentant du comité d'entreprise est obligatoire lorsque le tribunal de la procédure s'apprête à convertir la procédure de sauvegarde en procédure de redressement, ou lorsqu'il prononce la liquidation judiciaire, ce qu'il peut faire à n'importe quel moment de la période d'observation⁴. Il convient d'indiquer

¹ Art. L. 626-8 relatif à la sauvegarde mais applicable en cas de redressement judiciaire du fait du renvoi opéré par l'article L. 631-19, I, du Code de commerce.

² Art. L. 623-3 C. com.

³ Art. L. 621-1 C. com. relatif à la procédure de sauvegarde mais rendu applicable au redressement et à la liquidation judiciaire respectivement en application des articles L. 631-7 et L. 641-1 du Code de commerce. V. aussi, art. L. 2323-45, C. trav.

⁴ Art. L. 622-10, C. com.

que, dans l'hypothèse de la conversion d'une procédure de sauvegarde en procédure de redressement judiciaire, si la procédure d'information/consultation du comité sur un projet de licenciement a commencé sous l'empire de la procédure de sauvegarde, la conversion en procédure de redressement impose la reprise de la procédure d'information/consultation du comité *ab initio*¹.

En outre, le tribunal de la procédure doit auditionner le représentant du comité d'entreprise lorsqu'il s'apprête à arrêter le plan de redressement², ou lorsqu'il retient une offre de cession et arrête un ou plusieurs plans de cession³.

Ainsi, non seulement l'employeur, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur doit-il informer et consulter le comité d'entreprise avant les différentes étapes cruciales de la procédure collective, mais de surcroît chacune des décisions judiciaires relatives au sort de l'entreprise ne peut être arrêtée par le tribunal de la procédure sans que le représentant du comité d'entreprise ait été entendu au préalable. Des prérogatives exceptionnelles sont donc accordées au comité d'entreprise lorsqu'est ouverte une procédure collective à l'encontre de l'employeur, sans préjudice de l'obligation de respecter la procédure d'information/consultation du comité sur le projet de licenciement collectif, qui diffère de celle en vigueur dans les entreprises *in bonis*, pour tenir compte de l'exigence de célérité dans le processus décisionnel qu'impose la situation critique de l'entreprise.

B - Une information/consultation alléguée du comité d'entreprise sur la décision de licencier.

¹ Cass. com., 5 nov. 2013, n° 12-25.362, à paraître au Bulletin, Lettre d'actu. des proc. coll. civ. et com., n° 20, déc. 2013, alerte 2014, note L. FIN-LANGER. Dans cet arrêt la Chambre commerciale de la Cour de cassation énonce que « *tandis que les licenciements prononcés au cours de la période d'observation de la procédure de sauvegarde sont soumis aux règles du droit commun, il résulte des dispositions de l'article L. 631-17 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, que ceux auxquels l'administrateur du redressement judiciaire entend procéder pendant la période d'observation de celui-ci doivent être autorisés par le juge-commissaire : que cette autorisation n'est donnée que si ces licenciements présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable et au vu, notamment, d'un avis du comité d'entreprise recueilli par l'administrateur : qu'avant constaté, (...), que ce dernier, (...), n'avait pas consulté le comité d'entreprise après la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que ni l'avis donné dans le cadre distinct de la sauvegarde, les conditions des licenciements étant différentes, ni l'audition du représentant des salariés lors de la conversion ne pouvaient tenir lieu de l'avis exigé par l'article L. 631-17 du code de commerce* ».

² Art L. 626-9, C. com., relatif au plan de sauvegarde mais rendu applicable au plan de redressement en vertu de l'article L. 631-19, I, du Code de commerce. L'article R. 626-17 du Code de commerce auquel renvoie l'article R. 631-35 du même code en matière de plan de redressement dispose que « *Dès le dépôt au greffe du projet de plan par le débiteur, le greffier convoque, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le débiteur, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et les contrôleurs.* ».

³ Art. L. 642-5, C. com.

582. Lorsqu'une entreprise de cinquante salariés au moins est placée en redressement ou en liquidation judiciaire et qu'est envisagé le prononcé d'un grand licenciement collectif, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur doit établir un plan de sauvegarde de l'emploi et déterminer les modalités de mise en œuvre des licenciements : nombre de suppressions d'emplois, calendrier du prononcé des licenciements, définition des critères de l'ordre des licenciements en prévoyant éventuellement leur pondération voire une adaptation de leur périmètre d'application, ainsi que les mesures de reclassement et d'adaptation à mettre en œuvre en application de l'article L. 1233-4 du Code du travail. À l'instar des dispositions applicables depuis le 1^{er} juillet 2013 dans les entreprises *in bonis* de cinquante salariés au moins envisageant un grand licenciement collectif¹, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur dispose d'une option pour élaborer le projet de licenciement. L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur peut ainsi décider d'ouvrir une négociation en vue de conclure un accord majoritaire, portant *a minima* sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et éventuellement sur les conditions de mise en œuvre des licenciements², à l'exclusion de toute adaptation de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise. Les dispositions relatives à la procédure allégée d'information/consultation du comité d'entreprise en cas de procédure collective sont en effet d'ordre public³, en dépit de ce qu'affirme l'instruction du 19 juillet 2013 heureusement dépourvue de portée normative⁴. Toutefois, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur peut préférer élaborer unilatéralement le projet de licenciement en établissant, à l'issue de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise, un document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et les conditions de mise en œuvre des licenciements.

Pour ce qui concerne l'éventualité de la conclusion d'un accord majoritaire dans le cadre d'une entreprise soumise à une procédure collective, un auteur s'interroge avec raison

¹ Les dispositions relatives à la procédure de grand licenciement collectif telles qu'issues de la loi du 14 juin 2013 s'appliquent aux procédures de grand licenciement collectif engagées à compter du 1^{er} juillet 2013, peu important que le jugement d'ouverture de la procédure collective soit antérieur. Pour mémoire, une procédure de grand licenciement collectif est réputée engagée à la date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité d'entreprise mentionnée à l'article L. 1233-30 du Code du travail. Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 18-XXXIII.

² Art. L. 1233-24-1, C. trav.

³ Les articles L. 1233-23, 3° et L. 1233-24-3, 5°, du Code du travail prévoient ainsi respectivement que les accords de méthode et les accords majoritaires portant notamment sur le plan de sauvegarde de l'emploi ne sont pas admis à déroger aux dispositions relatives à la consultation des représentants du personnel en cas de licenciement projeté dans une entreprise soumise à une procédure collective.

⁴ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4. Les articles L. 1233-2 3, 3° et L. 1233-24-3, 5°, du Code du travail disposent respectivement que les accords de méthode et les accords majoritaires portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi ne peuvent déroger « aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, prévues à l'article L. 1233-58 », du Code du travail.

sur la manière dont « sera accueilli l'administrateur ou le mandataire-liquidateur par les syndicats représentatifs en vue de la négociation d'un éventuel accord collectif majoritaire destiné à dessiner le PSE et d'autres aspects du licenciement, comme par exemple les critères d'ordre ? Une négociation est-elle réellement possible ? Ce mode d'élaboration du PSE ne risque-t-il pas d'être systématiquement supplanté par le document unilatéral ? »¹. Si juridiquement cela ne pose aucun problème dans la mesure où la voie unilatérale n'est pas subsidiaire à l'ouverture d'une négociation tendant à conclure un accord majoritaire sur le projet de licenciement collectif, il semble toutefois que l'accueil de l'administrateur ou du liquidateur par les organisations syndicales à la table des négociations, sera déterminant quant à la réalité de l'option offerte entre voie conventionnelle et voie unilatérale dans le cadre d'une procédure collective.

Dans le contexte social délétère qui suit l'annonce du dépôt de bilan, il est envisageable que les syndicats soient hostiles à l'idée de négocier avec une personne extérieure à l'entreprise et donc dépourvue de légitimité à leur yeux pour élaborer un projet de licenciement collectif ; ce d'autant plus qu'on ne peut nier l'existence du préjugé, plus ou moins fondé selon les cas, selon lequel l'objectif de sauvegarde de l'emploi ne fait pas partie des préoccupations principales des mandataires judiciaires, voire qu'ils sont « par principe hostile[s] à la préservation de l'emploi »². Confronté à une éventuelle hostilité ambiante, l'administrateur ou le liquidateur pourrait ainsi décider d'écarter d'office la voie conventionnelle afin d'éviter de perdre du temps (si précieux eu égard à la situation de l'entreprise), en ouvrant une négociation qu'ils pressentent vouée à l'échec et ainsi opter directement pour l'élaboration unilatérale du projet de licenciement collectif et du plan de sauvegarde de l'emploi³.

Cependant, il est également possible, notamment lorsque les organisations syndicales tiennent l'employeur pour responsable de la cessation de paiements et de la dégradation de la situation de l'entreprise l'ayant conduite aux portes de la liquidation, que l'ouverture d'une négociation sur le projet de licenciement collectif avec une personne extérieure évite d'attiser les tensions, et permette que les négociations se déroulent dans un climat relativement apaisé, loin tout débat passionné fait d'invectives à l'encontre de l'employeur jugé responsable de la défaillance de l'entreprise. Ainsi, si la voie conventionnelle n'est pas par principe condamnée, il semble tout de même probable qu'en pratique administrateurs et liquidateurs préféreront

¹ L. DRIGUEZ, art. préc.

² L. DRIGUEZ, art. préc.

³ En ce sens, L. DRIGUEZ, art. préc. ; sur le fait qu'il ne sera pas aisé de conclure un accord majoritaire, V. D. JACOTOT, art. préc.

avoir pour interlocuteurs les représentants du personnel et non les organisations syndicales pour élaborer le projet de licenciement, dans la mesure où, habitués à gérer ces situations de crise, les mandataires judiciaires « savent à quel point, en période de liquidation, par cession de l'entreprise notamment, la coopération des représentants du personnel constitue une aide précieuse au bon déroulement des opérations »¹. Il convient cependant d'indiquer qu'une minorité d'entreprises soumises à une procédure collective ont conclu un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi².

En tout état de cause et à l'instar des dispositions applicables dans les entreprises *in bonis*, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur devront informer et consulter le comité d'entreprise à un double titre : au titre du projet de restructuration et de compression des effectifs d'une part, et au titre du projet de licenciement d'autre part. L'objet de la consultation du comité dépendra de l'existence, ou non, d'un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi (1). De même, pour ce qui concerne le déroulement de la procédure d'information/consultation du comité sur le projet de restructuration et celui de licenciement, celui-ci ne sera pas le même selon la procédure au cours de laquelle seront envisagées les ruptures, et selon que le projet relève ou non des dispositions de l'ordonnance du 12 mars 2014 (2).

1 - L'objet de l'information et de la consultation du comité.

583. Objet de la consultation. Sièges de l'adaptation du droit du licenciement pour motif économique au contexte spécifique des entreprises soumises à une procédure collective, l'article L. 1233-58 du Code du travail impose, comme dans les entreprises *in bonis*, la consultation du comité d'entreprise au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail relatif à la consultation du comité sur les projets de restructuration et de compression des effectifs, ainsi que sur le projet de grand licenciement collectif en lui-même, puisqu'est visé l'article L. 1233-30 dudit code, à l'exception toutefois de certains alinéas relatifs au déroulement de la consultation. Pour mémoire, dans les entreprises soumises à une procédure collective, en l'absence de comité d'entreprise constatée dans un procès-verbal de carence, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur n'est tenu de consulter les délégués du personnel qu'au titre de l'article L. 2323-15, et non sur le projet de licenciement collectif au titre de l'article

¹ L. DRIGUEZ, art. préc.

² E. WARGON, art. préc.

L. 1233-30 ; ce qui nous semble inconstitutionnel du fait de l'atteinte injustifiée au droit des salariés de participer par l'intermédiaire de leur délégués à la gestion de l'entreprise.

À l'instar du droit applicable dans les entreprises *in bonis*, l'étendue de la consultation relative au projet de licenciement varie, selon qu'aura été ou non conclu un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, l'article L. 1233-30 du Code du travail prévoyant en effet que les questions relatives au projet de licenciement collectif qui ont fait l'objet d'un accord majoritaire ne sont pas soumises à la consultation du comité d'entreprise au titre dudit article.

584. *Objet de la consultation en l'absence d'accord majoritaire.* Si l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, n'a pas décidé d'ouvrir une négociation avec les organisations syndicales sur le projet de licenciement collectif, ou si celle-ci a échoué, le comité d'entreprise doit être consulté sur la restructuration et la compression des effectifs projetée au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail, et sur le projet de licenciement collectif au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail.

585. *Consultation sur le projet de restructuration.* Le comité d'entreprise doit ainsi pouvoir se prononcer sur le projet de restructuration en lui-même, ce qui implique que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, lui ait exposé les tenants et les aboutissants dudit projet. Ainsi, le comité doit être consulté sur le projet de plan de redressement ou de cession, ou sur la restructuration donnant lieu à une compression des effectifs au cours de la période d'observation ou de maintien provisoire de l'activité en cas de liquidation.

Doivent à ce titre lui être exposées les raisons pour lesquelles telle ou telle option a été retenue plutôt qu'une autre. Au cours de l'échange avec l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, sur les raisons fondant l'option de restructuration *a priori* choisie qu'il s'agisse d'une restructuration au cours de la période d'observation, d'une réorganisation nécessaire au redressement de l'entreprise prévue dans le projet de plan de continuation, ou encore d'une cession totale ou partielle de l'entreprise impliquant que soient également exposés au comité les motifs conduisant à privilégier telle offre de reprise plutôt qu'une autre, le comité pourra formuler des propositions alternatives au projet de restructuration tel qu'envisagé par l'employeur ou les mandataires judiciaires¹. En effet, dans les entreprises soumises à une procédure collective s'applique l'article L. 1233-33 du Code du travail en vertu duquel « *L'employeur met à l'étude, dans le délai prévu à l'article L. 1233-30, les suggestions*

¹ Art. L. 1233-33, C. trav.

relatives aux mesures sociales envisagées et les propositions alternatives au projet de restructuration mentionné à l'article L. 2323-15 formulées par le comité d'entreprise. Il leur donne une réponse motivée ». Certes, rien ne contraint l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur à amender le projet de restructuration en fonction de ces propositions, loin s'en faut... Toutefois, il leur faudra les prendre en considération puisque l'article L. 1233-33 du Code du travail leur impose de les mettre à l'étude et d'y apporter une réponse motivée, avant le terme du délai préfix dans lequel le comité doit avoir rendu ses avis sur le projet de restructuration et de licenciement collectif. ¹.

Il convient d'indiquer que, si la loi de sécurisation de l'emploi, en dépit de ce qu'affirment certains, n'a pas écarté l'application dans les entreprises en difficulté du délai préfix accordé au comité dans les entreprises *in bonis* variant de deux à quatre mois selon l'ampleur du projet de licenciement², l'ordonnance du 12 mars 2014 est venue fixer une date butoir pour l'émission de leur avis par les représentants du personnel en cas de licenciement envisagé dans le cadre d'un plan de redressement ou de cession. Les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce dans leur rédaction issue de cette ordonnance disposent respectivement en matière de plan de redressement et de plan de cession que « *L'avis du comité d'entreprise et, le cas échéant, celui du comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail et de l'instance de coordination sont rendus au plus tard le jour ouvré avant l'audience du tribunal qui statue sur le plan.* ». À notre sens, seul l'avis du comité d'entreprise portant sur la restructuration et la compression d'effectif au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail doit être antérieur au jugement ; son avis relatif au projet de licenciement résultant de sa consultation au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail pouvant pour sa part être rendu après. Seule cette articulation permet, à notre sens, que le comité puisse réellement s'exprimer utilement sur le projet de licenciement collectif, le nombre de suppressions d'emploi autorisées étant fixé dans le jugement.

L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, ne saurait se soustraire à l'obligation de mettre à l'étude les propositions alternatives de restructuration émises par le comité, et d'y apporter une réponse sans encourir le risque d'un refus de validation du document unilatéral par l'Administration du travail, validation sans laquelle il ne pourra, à peine d'irrégularité prononcer les licenciements³. Le comité d'entreprise ne pourra certes à aucun moment empêcher la réalisation de la restructuration projetée, ni même imposer à l'employeur ou à

¹ Art. L. 1233-33, C. trav.

² Art. L. 1233-58 et L. 1233-30, C. trav.

³ Art. L. 1233-58, C. trav.

l'administrateur ou au liquidateur d'intégrer ses propositions alternatives de restructuration dans le projet de plan de redressement ou de cession. Au moins aura-t-il permis que soit pris en compte l'intérêt des salariés au cours du processus décisionnel voire, dans le meilleur des cas (qui frôle l'utopie), que l'employeur ou les mandataires judiciaires après les avoir mis à l'étude, estiment que les amendements au projet de restructuration proposés par le comité sont pertinents, et décident de les retenir dans le cadre du projet de plan de redressement ou de cession par exemple. Cependant, eu égard au contexte particulier qu'implique l'ouverture d'une procédure collective, aux démarches extrêmement nombreuses qui incombent aux mandataires judiciaires au cours de celle-ci, il convient de ne pas se leurrer sur l'influence que les propositions du comité pourraient avoir... Sans doute l'immense majorité d'entre elles restera-t-elle lettre morte, même si le représentant du comité doit impérativement être appelé par le tribunal de la procédure avant que ne soit arrêtée la décision relative au sort de l'entreprise¹.

586. Consultation sur le projet de licenciement collectif. Dès lors qu'aucun accord majoritaire n'a été conclu en application de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est tenu de consulter le comité d'entreprise sur l'ensemble du projet de licenciement collectif. Il lui appartient donc de soumettre au comité le nombre de suppressions d'emploi envisagées, les catégories professionnelles concernées par le projet, les critères de l'ordre des licenciements, leurs éventuels périmètre d'application et pondération, et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi qui doit prévoir des mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et intégrer un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu².

En l'absence d'accord majoritaire, le document unilatéral qu'il appartient à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur d'élaborer une fois achevée la consultation du comité d'entreprise doit préciser les modalités d'application des critères de l'ordre des licenciements, le calendrier des licenciements, le nombre d'emplois et les catégories professionnelles concernées, et les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement³. Si ce document ne doit être définitivement établi qu'une fois la procédure d'information/consultation du comité achevée, il est plus que probable qu'un projet de document unilatéral sera présenté au comité dès sa première réunion afin de

¹ Art. L. 2323-45, C. trav.

² Art. L. 1233-61, C. trav.

³ L'article L. 1233-24-4 du Code du travail renvoie à l'article L. 1233-24-2 dudit code.

recueillir son avis sur ledit projet. En effet, bien que l'article L. 1233-58 du Code du travail n'impose qu'une réunion du comité¹, au lieu de deux minimum dans les entreprises *in bonis*², il semble toutefois probable que nombre de procédures de grand licenciement collectif projetées dans une entreprise soumise à une procédure collective donneront lieu à plusieurs réunions du comité. Il apparaît ainsi envisageable que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur présentera le projet de document unilatéral dès la première réunion de consultation du comité, afin que ce dernier puisse faire des suggestions et propositions relatives à son contenu le plus en amont possible de l'issue de la procédure, pour que ces propositions puissent réellement être étudiées par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur. Si l'article L. 1233-33 du Code du travail impose à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur de mettre à l'étude les seules suggestions du comité relatives aux mesures d'accompagnement et ses propositions alternatives sur le projet de restructuration avant le terme du délai dans lequel le comité doit rendre son avis, lorsqu'il sera réuni, le comité pourra proposer que soient reconsidérés le nombre de suppressions d'emploi, le calendrier des ruptures, etc. Certes, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur n'est tenu de délivrer une réponse motivée qu'à propos des suggestions relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et des propositions alternatives au projet de restructuration. Pour autant, au cours des réunions du comité si ce dernier se prononce sur les modalités de mise en œuvre du projet de licenciement collectif, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur pourra les prendre en considération pour décider d'amender ou non le projet.

Si en l'absence d'accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, le comité d'entreprise doit être consulté sur tous les aspects du projet de licenciement, en revanche dès lors qu'un tel accord, total ou partiel, est conclu, l'objet de sa consultation au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail est réduit en fonction du contenu de l'accord.

587. *Objet de la consultation en présence d'un accord majoritaire.* L'article L. 1233-30 du Code du travail, auquel renvoie en partie l'article L. 1233-58 dudit code en cas de procédure collective, dispose que lorsqu'un accord majoritaire portant *a minima* sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi a été conclu, l'employeur, l'administrateur ou le

¹ L'article L. 1233-58, I, al 2, 3° exclut en effet l'application du dernier alinéa du I de l'article L. 1233-30 du Code du travail, en vertu duquel « *Le comité d'entreprise tient au moins deux réunions espacées d'au moins quinze jours* ».

² Art. L. 1233-30, I, dernier alinéa, du Code du travail dont l'application est écartée en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'entreprise par l'article L. 1233-58, I, 3°, dudit code.

liquidateur n'a pas à consulter le comité d'entreprise au titre de cet article sur les éléments relatifs au projet de licenciement collectif traités dans l'accord. Si l'accord majoritaire ne porte que sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et qu'il ne détermine pas le nombre de suppressions d'emploi envisagées, les catégories professionnelles concernées par le projet, les critères de l'ordre des licenciements, le comité devra être consulté au titre de l'article L. 1233-30, I, 2 ° sur ces aspects du projet du licenciement collectif. Si l'accord majoritaire traite de l'ensemble du projet de licenciement collectif, en application de l'article L. 1233-30 du Code du travail, le comité d'entreprise n'aura pas à être consulté sur ce dernier.

Toutefois, si cet article exclut la consultation du comité d'entreprise sur son fondement et sur les points ayant fait l'objet d'un accord majoritaire, le comité devra tout de même être consulté à un double titre. Ainsi, la conclusion d'un accord majoritaire total ou partiel ne dispense aucunement l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur de consulter le comité sur le projet de restructuration et de compression des effectifs au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail¹, ainsi qu'au titre de l'article L. 2323-44 du Code du travail. Le comité d'entreprise pourra formuler des propositions alternatives au projet de restructuration, notamment au projet de plan de redressement ou de cession, ou de réorganisation au cours de la période d'observation. L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur devra alors les mettre à l'étude et y apporter une réponse motivée avant l'expiration du délai prefix dans lequel le comité doit rendre son avis.

Non seulement l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur doit consulter le comité sur le projet de restructuration lui-même et sur les éventuelles questions relatives au projet de licenciement collectif qui n'auraient pas été traitées dans l'accord, mais de surcroît en présence d'un accord majoritaire total ou partiel, le comité d'entreprise devra être consulté parallèlement à la négociation, sur le fondement de la jurisprudence *EDF*². En effet, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et les modalités de mise en œuvre des licenciements relevant des attributions consultatives du comité, il appartient à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur qui a décidé de passer par la voie conventionnelle, de consulter le comité d'entreprise concomitamment à l'ouverture de la négociation, sur le projet de licenciement collectif et au plus tard avant la signature de l'accord³. L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur devra ainsi réunir le comité pour le consulter sur le projet d'accord majoritaire lors d'une réunion dédiée à son étude, qui viendra s'ajouter à celle

¹ Article auquel renvoie l'article L. 1233-30, I, 1°, C. trav.

² Cass. soc., 5 mai 1998, *EDF*, préc.

³ Cass. soc., 5 mai 1998, *EDF*, préc.

prévue par l'article L. 1233-58 du Code du travail. Si le comité doit être consulté sur le projet d'accord majoritaire avant sa conclusion, il est seulement habilité à donner son avis sur ledit projet, à dire s'il est favorable ou non à la conclusion du projet d'accord qui lui est soumis. En revanche, il n'est pas autorisé à émettre des propositions tendant à amender le contenu de l'accord et notamment ne peut faire des suggestions pour modifier les mesures prévues par le projet de plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel¹.

Pour que la consultation du comité sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif envisagé dans le cadre d'une procédure collective puisse être efficiente, le comité doit disposer de certaines informations qu'il appartient à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur de lui fournir.

588. Information du comité d'entreprise. Pour que la consultation du comité d'entreprise puisse avoir un effet utile et contribue à l'effectivité de la mise en œuvre du droit des salariés de participer par l'intermédiaire de leurs représentants à la gestion de l'entreprise², il est indispensable que le comité dispose de l'ensemble des informations nécessaires pour se prononcer sur l'opération envisagée. À ce titre, outre les informations que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est tenu de délivrer au comité d'entreprise au titre de l'article L. 2323-44 du Code du travail relatives aux différentes étapes de la procédure collective (qu'il s'agisse du projet de plan de redressement/cession ou du projet de réorganisation avec réduction d'effectif envisagée au cours de la période d'observation), des informations portant sur le projet de restructuration et de compression des effectifs, et celui de grand licenciement collectif doivent être transmises au comité. De ce point de vue, l'article L. 1233-58 du Code du travail prévoit que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est tenu de fournir l'ensemble des informations prévues par les articles L. 1233-31 et L. 1233-32 du Code du travail. Le droit à l'information du comité relatif au projet de restructuration et à celui de licenciement collectif est donc identique, que l'entreprise soit ou non *in bonis*. Ainsi, est applicable aux entreprises soumises à une procédure collective l'article L. 2323-4 du Code du travail relatif à la consultation du comité au titre de sa compétence générale selon lequel « Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations. ». L'article L. 1233-31 du Code du travail dresse pour sa part la liste

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc..

² Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 8.

des renseignements que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est tenu de fournir au comité au titre du projet de grand licenciement collectif parmi lesquels figurent notamment les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement, les catégories professionnelles concernées, les critères retenus pour l'ordre des licenciements, ainsi que le nombre de ruptures envisagées et leur calendrier prévisionnel. À ce titre, s'il appartient à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur d'indiquer au comité le nombre exact de licenciements projetés¹, il n'a pas en revanche à dresser une liste nominative des salariés qui seront licenciés, puisque celle-ci ne pourra être établie qu'après application, par catégorie professionnelle, des critères de l'ordre des licenciements sur lesquels le comité doit être consulté en l'absence d'accord majoritaire sur cette question².

Surtout, en application de l'article L. 1233-32 du Code du travail, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur qui envisage de procéder à un grand licenciement collectif dans une entreprise comptant au moins cinquante salariés doit adresser au comité le projet de plan de sauvegarde de l'emploi destiné à éviter les licenciements ou en limiter le nombre et à favoriser le reclassement des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu³. Ainsi, en l'absence d'accord majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est tenu d'élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi à l'issue de la concertation avec le comité d'entreprise, et doit donc adresser à ses membres son projet de plan avec la convocation à la première réunion de consultation sur le projet de grand licenciement collectif⁴. Les représentants du personnel peuvent faire des suggestions ou des propositions pour améliorer le plan qu'il s'agisse de propositions de nature économique et/ou sociale émanant du comité d'entreprise⁵, ou de suggestions formulées par le CHSCT ou l'instance de coordination tendant à assurer autant que faire se peut la préservation de la santé mentale et physique des salariés, ou leur sécurité. En revanche, si l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur a décidé d'ouvrir une négociation tendant à conclure un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, il devra transmettre au comité d'entreprise le projet d'accord, pour qu'il puisse se prononcer avant sa

¹ Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi, si l'employeur ne communiquait pas au comité d'entreprise le nombre exact de licenciements envisagés, la procédure devait être reprise depuis le début (Cass. soc., 4 juil. 2000, D. 2000, IR 221 ; RJS 2000, n° 932). Cette position jurisprudentielle ne survivra pas à l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, le contrôle de la procédure étant désormais confié à l'Administration du travail qui dispose d'un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'employeur pour qu'il délivre aux représentants du personnel l'ensemble des informations nécessaires à l'utilité de sa consultation. Art. L. 1233-57-5, C. trav.

² Cass. soc., 16 déc. 1992, Bull. civ. V, n° 598, CSB 1993, p. 283, obs. PHILBERT ; art. L. 1233-5, C. trav.

³ Art. L. 1233-61, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-32, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-33, C. trav.

conclusion¹, étant rappelé que dans une telle hypothèse le comité ne pourra faire de suggestions tendant à modifier le projet de plan conventionnel, il pourra juste émettre un avis à son sujet.

L'utilité et l'effectivité de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sont subordonnées à la transmission par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur de toutes les informations relatives au projet de licenciement collectif pour qu'il puisse, en toute connaissance de cause, contrôler la décision de licencier et formuler son avis sur ce projet et émettre des suggestions ou encore des propositions alternatives au projet². Il est donc indispensable que soit délivrée au comité une information loyale, complète et sérieuse.

Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi³, faute par l'employeur de leur communiquer l'ensemble des renseignements requis pour qu'ils puissent utilement se prononcer sur le projet, les représentants du personnel pouvaient saisir le juge des référés en vue d'obtenir la suspension de la procédure d'information/consultation tant que les informations nécessaires à l'émission d'un avis éclairé ne leur étaient pas fournies⁴. Désormais, tel n'est plus le cas, dans la mesure où le législateur confie le contrôle de la procédure d'information/consultation à l'Administration du travail. Ainsi, si les représentants du personnel estiment que certains renseignements indispensables à l'utilité de leur consultation ne leur ont pas été transmis, ils pourront saisir la DIRECCTE d'une demande tendant à enjoindre à l'employeur de les leur communiquer⁵.

Toutefois, lorsque la procédure de licenciement relève des dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi et non de celles de l'ordonnance du 12 mars 2014, le pouvoir d'injonction de l'Administration, à l'instar de son pouvoir de faire des propositions ou des observations sur le déroulement de la procédure ou le contenu du plan, est paralysé à certaines étapes de la procédure collective. En effet, en application des dispositions du Code de commerce antérieures à l'ordonnance du 12 mars 2014, si le comité peut faire une demande d'injonction que lui soient communiquées certaines informations lorsque le projet de licenciement est prévu au cours de la période d'observation, ou dans le cadre de la liquidation judiciaire de l'entreprise, ou encore lors du maintien provisoire de l'activité de l'entreprise dont la liquidation a été prononcée, dès lors qu'est envisagée l'adoption d'un plan de

¹ Cass. soc., 5 mai 1998, *EDF*, préc.

² CE, 19 déc. 1984, *Dr. soc.* 1984, p. 485, note F. MODERNE.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ Art. L. 1235-7, al. 1^{er}, dans sa rédaction antérieure à la loi de sécurisation de l'emploi ; CA Paris, 8 sept. 1993, *RJS* 93, n° 1085 ; TGI Nanterre, 16 nov. 1993, *RJS* 1/94, n° 34.

⁵ Art. L. 1233-57-5, *C. trav.*

redressement ou de cession induisant des licenciements, le pouvoir d'injonction de l'Administration est paralysé tant que le plan de redressement/cession n'est pas arrêté par le tribunal de la procédure¹. À ce titre, il est particulièrement bienvenu que l'ordonnance du 12 mars 2014 ait remis en cause cette paralysie provisoire des pouvoirs d'intervention de l'Administration du travail au cours de la procédure d'élaboration du projet de licenciement collectif. Sous l'empire des dispositions de cette ordonnance, l'Administration du travail jouit tout au long de la procédure de l'ensemble des ses prérogatives : pouvoir d'injonction, de propositions et de suggestions, ce que l'on ne peut qu'approuver eu égard au rôle de la DIRECCTE, chargée de s'assurer de la qualité du dialogue social et des mesures d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi.

589. *Recours à un expert-comptable.* L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur doit fournir aux représentants du personnel l'ensemble des informations requises pour qu'ils puissent se prononcer en toute connaissance de cause sur le projet de grand licenciement collectif envisagé dans une entreprise soumise à une procédure collective. Bien que l'article L. 1233-58 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi de sécurisation de l'emploi², à l'instar de la version antérieure, ne fasse nullement référence à l'article L. 1233-34 dudit code relatif à la possibilité pour le comité de se faire assister par un expert-comptable, la jurisprudence estime de longue date que les dispositions relatives à la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise en cas de projet de licenciement collectif envisagé dans le cadre d'une procédure collective ne sont pas exclusives du droit pour le comité de se recourir à cette assistance³. Cette jurisprudence qui a survécu aux différentes modifications subies par l'article L. 321-9 ancien du Code du travail, aïeul de l'article L. 1233-58, devrait sans aucun doute survivre à l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, tant il semble peu probable que l'Administration du travail la remette en cause. Ainsi, y compris lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective, le comité peut se faire assister par un expert-comptable rémunéré par l'entreprise, pour l'aider décrypter les informations économiques et sociales qui lui sont transmises, ce qui conditionne dans une

¹ Les articles L. 631-19 (plan de redressement) et L. 642-5 (plan de cession) du Code de commerce disposent expressément que « *Lorsque le plan prévoit des licenciements pour motif économique, il ne peut être arrêté par le tribunal qu'après que la procédure prévue à l'article L. 1233-58 du code du travail a été mise en œuvre, à l'exception du 6° du I* » qui est relatif aux pouvoirs d'injonction, d'observation et de proposition de l'administration du travail.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ Cass. soc., 7 juil. 1998, Bull. civ. V, n° 371 ; RJS 1998, 973.

certaine mesure l'effectivité et l'utilité de sa consultation puisque, avoir des informations que l'on ne peut utiliser faute de les comprendre, revient en quelque sorte à ne pas être informé.

Si la loi de sécurisation de l'emploi est silencieuse sur le droit pour le comité d'entreprise de se faire assister par un expert-comptable pour analyser la situation de l'entreprise et les projets de restructuration et de licenciement collectif, l'ordonnance du 12 mars 2014 consacre pour sa part cette faculté¹. En effet, cette ordonnance a notamment modifié l'article L. 1233-58 du Code du travail qui rend désormais applicable aux procédures collectives les articles « *L. 1233-34 et L. 1233-35 premier alinéa* » du Code du travail, relatifs respectivement à la faculté du comité d'entreprise de se faire assister par un expert-comptable et aux modalités selon lesquelles l'expert demande à l'employeur la communication des renseignements qu'il estime utiles. Outre les articles L. 1233-34 et L. 1233-35, premier alinéa, du Code du travail, l'ordonnance du 12 mars 2014², corrigée par celle du 26 juin 2014³, prévoit également la possible application des articles L. 2323-25 et L. 4214-12-1 du Code du travail relatifs au recours à un expert par le comité d'entreprise et le(s) CHSCT ou l'instance de coordination pour les assister dans le cadre de leur consultation sur le projet de restructuration et de compression des effectifs⁴. Désormais, tout doute est donc levé sur la faculté pour le comité d'entreprise et le CHSCT de se faire assister par un expert au cours du processus d'élaboration du projet de restructuration et de licenciement collectif dans le cadre d'une entreprise en redressement ou liquidation judiciaire.

Pour autant, malgré les corrections apportées à l'ordonnance du 12 mars 2014 par celle du 26 juin, l'objectif assigné à la réécriture de certaines dispositions du Code de commerce et du Code du travail « *de clarifier les conditions d'application aux procédures collectives des dispositions issues de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi* » reste tout de même loin d'être atteint⁵. En effet, la réécriture de certains articles du Code de commerce laisse place à plusieurs interprétations quant au déroulement de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise à certaines étapes de la procédure collective.

¹ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc.

² Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc.

³ Ordon. n° 2014-699, du 26 juin 2014, préc.

⁴ En réalité les articles L. 631-19, L. 641-4 et L. 642-5 du Code de commerce dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 contenait la référence erronée aux articles L. 2323-27 et L. 4612-8 du Code du travail, erreur corrigée par l'ordonnance du 26 juin 2014, qui y a substitué un renvoi aux articles L. 2323-25 et L. 4314-12-1 du Code du travail.

⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, préc.

590. Nombre de réunions. En cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'employeur, l'obligation faite aux entreprises *in bonis* de réunir au moins à deux reprises le comité afin de le consulter sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif imposant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi est écartée par l'article L. 1233-58 du Code du travail. Toutefois, comme le rappelle l'instruction du 19 juillet 2013, si une seule réunion est juridiquement obligatoire, rien ne s'oppose à ce que le comité d'entreprise soit réuni à plusieurs reprises, aux fins d'être informé et consulté sur le projet de restructuration et de licenciement collectif¹. Il est d'ailleurs vraisemblable que le plus souvent le comité sera consulté par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur judiciaire à plusieurs reprises. Il semble à ce titre que ce soit davantage le délai minimal de quinze jours devant séparer les deux réunions du comité plutôt que le nombre minimum de réunions, que le législateur a souhaité écarter en cas de procédure collective, afin de tenir compte de l'exigence de célérité qui prévaut en matière de procédures collectives. En tout état de cause et quel que soit le nombre de réunions du comité qui auront lieu, sa consultation doit se dérouler dans les mêmes délais préfix que dans les entreprises *in bonis*, variant de deux à quatre mois selon l'ampleur du projet de licenciement. En effet, en dépit de ce que l'on peut lire, notamment dans l'instruction du 19 juillet 2013², en cas de procédure collective, l'article L. 1233-58 du Code du travail tant dans sa rédaction issue de la loi de sécurisation de l'emploi que dans celle résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014, n'écarter pas l'application des délais préfix accordés dans les entreprises *in bonis* au comité d'entreprise. Si la loi de sécurisation de l'emploi n'a pas écarté le délai préfix variant de deux à quatre mois dans lequel le comité d'entreprise doit rendre ses avis, il semble vraisemblable qu'au cours d'une procédure collective, eu égard à l'urgence induite par la situation critique de l'entreprise, la consultation du comité d'entreprise se déroulera dans des délais nettement inférieurs à ceux prévus par l'article L. 1233-30 du Code du travail. Par ailleurs, à la différence du principe applicable dans les entreprises *in bonis*, lorsque le projet de licenciement est prévu dans le cadre d'une procédure collective, si le comité n'a pas rendu son avis sur ledit projet au terme

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

du délai préfix de l'article L. 1233-30 du Code du travail, il n'est pas réputé avoir été consulté¹.

Il semble d'autant plus probable que le comité devra être réuni plusieurs fois lorsqu'il décide de recourir à un expert-comptable. En effet, s'agissant des projets de grand licenciement collectif antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014, *id est* envisagés dans une entreprise soumise à une procédure collective avant le 1^{er} juillet 2014 la jurisprudence antérieure à la loi de sécurisation de l'emploi devrait sans doute être maintenue, en vertu de laquelle lorsque le comité d'entreprise recourt à un expert-comptable, il doit être consulté lors de deux réunions², sauf à priver de toute utilité le recours à l'expert. L'efficacité et l'utilité de la consultation du comité sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif commande en effet que ce dernier ait pu prendre connaissance du rapport de l'expert-comptable avant de pouvoir rendre un avis sur le projet de licenciement collectif, avis qui sera réellement éclairé grâce à ce rapport.

Dans le cadre d'une procédure antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, pour ce qui concerne le déroulement de l'expertise sollicitée par le comité, dans la mesure où d'une part aucune disposition spécifique n'est prévue en cas de procédure collective et où, d'autre part, il apparaît quasi-certain que le droit de recourir à un expert-comptable au cours d'une procédure collective reconnu par la jurisprudence judiciaire sera maintenu par l'Administration du travail désormais chargée de contrôler le respect de la procédure d'information/consultation du comité³, les dispositions encadrant l'expertise, prévues par les articles L. 1233-34 et L. 1233-35 du Code du travail, devraient trouver à s'appliquer dans les entreprises soumises à une procédure collective. Ainsi, c'est au cours de sa première réunion que le comité d'entreprise, ou le comité central d'entreprise, devra désigner l'expert-comptable chargé de l'assister tout au long de la consultation. Une fois désigné, l'expert disposera alors de dix jours pour demander à l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur l'ensemble des informations nécessaires à l'exercice de sa mission. L'échange des renseignements entre employeur, administrateur ou liquidateur et expert est strictement encadré dans le temps par l'article L. 1233-35 du Code du travail. Trente-six jours maximum après avoir été désigné, l'expert doit ainsi disposer de l'ensemble des informations qu'il juge

¹ L'article L. 1233-58, I, al. 2, 3°, exclue en effet l'application des deux derniers alinéas de l'article L. 1233-30, II, du Code du travail, l'antépénultième disposant qu'en l'absence d'avis au terme des délais préfix le comité est réputé avoir été consulté.

² Cass. soc., 7 juil. 1998, préc.

³ Art. L. 1233-57-2 (en cas d'accord majoritaire) et L. 1233-57-3 (en cas de document unilatéral), C. trav.

indispensables à l'exercice de sa mission¹, qu'il doit avoir achevée en rendant son rapport quinze jours au moins avant le délai préfix de l'article L. 1233-30 du Code du travail dans lequel le comité doit avoir rendu son avis², afin qu'il puisse se prononcer lors de la seconde réunion obligatoire en cas de recours à un expert.

Pour ce qui concerne les procédures de grand licenciement collectif soumises aux dispositions de l'ordonnance du 12 mars 2014 qui consacre le droit pour le comité de recourir à un expert-comptable, il apparaît également que le comité devra tenir au moins deux réunions puisque dans sa rédaction issue de l'ordonnance l'article L. 1233-58 du Code du travail rend applicables les articles L. 1233-34 et L. 1233-35, alinéa premier, dudit code ce dernier texte faisant référence à « *la première réunion* » du comité au cours de laquelle l'expert doit être désigné, « *première réunion* » qui implique la tenue d'au moins une « seconde réunion » voire d'une « deuxième »... S'agissant de la remise du rapport de l'expert, l'ordonnance exclut curieusement l'application de l'alinéa 2 de l'article L. 1233-35 du Code du travail imposant à l'expert de rendre son rapport au moins quinze jours avant le terme du délai dans le comité doit émettre ses avis.

Par ailleurs, il convient de rappeler que si l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur décide d'ouvrir une négociation afin de conclure un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi avant d'entamer la procédure de consultation du comité, il devra le réunir lors d'une « réunion zéro » au cours de laquelle le comité peut décider de mandater un expert-comptable pour qu'il assiste les organisations syndicales au cours de la négociation, avant que ne commence « *la procédure officielle* »³. De même, si l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur a ouvert une négociation en vue de conclure un accord majoritaire sur le plan de sauvegarde de l'emploi, une réunion du comité pour le consulter sur le projet d'accord viendra s'ajouter celle rendue obligatoire en application de l'article L. 1233-58 du Code du travail⁴. Pour mémoire, en ce qui concerne le déroulement de la réunion du comité, la seule circonstance qu'elle se déroule au cabinet du liquidateur en

¹ L'article L. 1233-35, al. 1^{er}, du Code du travail dispose en effet que « *L'expert désigné par le comité d'entreprise demande à l'employeur, au plus tard dans les dix jours à compter de sa désignation, toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission. L'employeur répond à cette demande dans les huit jours. Le cas échéant, l'expert demande, dans les dix jours, des informations complémentaires à l'employeur, qui répond à cette demande dans les huit jours à compter de la date à laquelle la demande de l'expert est formulée.* ». Pour des développements sur le déroulé de l'expertise et l'étendue des pouvoirs d'investigation de l'expert-comptable.

² Art. L. 1233-35, al. 2, C. trav.

³ Instr. DGEFP/DGT, 19 juil. 2013, préc. pt 1 de la fiche n° 1.

⁴ Cass. soc., 5 mai 1998.

présence des forces de l'ordre n'est pas de nature à vicier la procédure de consultation à la condition que cela soit justifié par les tensions existant au sein de l'entreprise¹.

591. Articulation des consultations relatives au projet de restructuration et au licenciement collectif. L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est tenu de consulter le comité d'entreprise à la fois au titre de l'article L. 1233-30 du Code du travail sur le projet de grand licenciement collectif, à l'exclusion des questions ayant fait l'objet d'un accord majoritaire, et de l'article L. 2323-15 du Code du travail sur le projet de restructuration et de réduction des effectifs. Nous l'avons vu ces consultations peuvent être menées concomitamment, à la stricte condition de les respecter toutes les deux, ce qui implique que la convocation du comité fasse apparaître deux ordres du jour distincts, que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur ait fourni aux membres du comité les différentes informations relatives aux deux consultations et que le procès-verbal de la réunion fasse clairement apparaître que les représentants du personnel ont été consultés sur les deux objets de ces procédures distinctes². Dans la mesure où, sauf désignation d'un expert par le comité, une seule réunion du comité s'impose, il est donc possible que la consultation au titre du projet de restructuration et de licenciement collectif ait lieu au cours de la seule et unique réunion du comité. Toutefois, il semble probable qu'en pratique, le plus souvent au moins, deux réunions du comité auront lieu, au cours desquelles pourront être menées de front consultations sur le projet de restructuration et de licenciement collectif, dans la mesure où la concomitance de ces consultations peut être opportune tant il peut s'avérer délicat en pratique d'évoquer le projet de licenciement collectif ou le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et notamment les mesures tendant à éviter les licenciements ou en limiter le nombre, sans aborder le projet de restructuration en lui-même³.

Cependant, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur peut décider de mener ces deux consultations séparément au cours de deux réunions distinctes. Dans une telle hypothèse, le comité devra en premier lieu être consulté sur le projet de restructuration lors de la première réunion, avant que ne soit sollicité son avis sur le projet de licenciement collectif au cours d'une seconde réunion⁴. En réalité c'est davantage l'articulation de la consultation du

¹ TA Nîmes, Ch. 2, 6 déc. 2013, n° 1302452, n° 2013-028-780.

² Cass. soc., 9 fév. 2000, Bull. civ. V, n° 62, Dr. soc. 2000, p. 446, obs. J. SAVATIER.

³ J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP S 2013, 1204.

⁴ Il convient de rappeler que lorsque le comité d'entreprise doit être consulté avant le licenciement d'un salarié protégé compris dans le projet de grand licenciement collectif, la double procédure de consultation au titre du projet de restructuration et de celui de grand licenciement collectif doit être achevée préalablement à la

comité d'entreprise avec les décisions statuant sur le sort de l'entreprise qui va se révéler problématique à certains stades de la procédure. Si l'ordonnance du 12 mars 2014 était censée clarifier cette articulation, ses dispositions laissent place à l'interprétation...

592. *Articulation des consultations en cas de projet de grand licenciement collectif envisagé au cours de la période d'observation ou du maintien provisoire de l'activité d'une entreprise placée en liquidation.* Lorsqu'une procédure de redressement est ouverte à l'encontre de l'entreprise, et qu'au cours de la période d'observation la mise en œuvre un grand licenciement collectif est envisagée, l'employeur ou l'administrateur devra avoir obtenu une ordonnance du juge-commissaire l'autorisant à prononcer les licenciements présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable. Cette ordonnance ne pourra être rendue qu'une fois le projet de licenciement validé/homologué par la DIRECCTE ce qui implique que la procédure d'information/consultation du comité ait été achevée avant la saisine du juge-commissaire pour que les licenciements soient autorisés.

Dans une telle hypothèse, la procédure d'information/consultation du comité sur le projet de restructuration et de compression des effectifs, ainsi que sur le projet de licenciement se déroule donc entièrement en amont de la décision judiciaire autorisant les ruptures. L'employeur ou l'administrateur devra donc avoir informé et consulté le comité d'entreprise lors d'une réunion au minimum au titre du projet de restructuration et de licenciement collectif, voire lors de deux réunions si le comité sollicite le recours à un expert. Par ailleurs, l'employeur ou l'administrateur devra, le cas échéant, avoir réuni le CHSCT ou l'instance de coordination et avoir transmis leur avis au comité d'entreprise avant sa dernière réunion, pour qu'il puisse se prononcer en toute connaissance de cause sur l'ensemble des aspects du projet de restructuration et de licenciement. L'employeur ou l'administrateur doit donc dans cette hypothèse consulter le comité sur le projet de restructuration et de compression des effectifs qu'il envisage de mettre en œuvre au cours de la période d'observation, en expliquant les tenants et les aboutissants de cette réorganisation, mettre à l'étude les propositions alternatives du comité relatives au projet de restructuration, et y apporter une réponse motivée avant l'expiration du délai préfix dans lequel le comité doit rendre son avis. L'employeur ou l'administrateur pourra décider de mener concomitamment ou ultérieurement la consultation du comité sur le projet de licenciement collectif en lui-

consultation du comité relative au licenciement du salarié protégé. CE, 4^{ème} et 5^{ème} s-s-r, 26 janv. 2011, n° 326123, mentionné au Recueil Lebon.

même, afin d'évoquer avec lui les mesures de reclassement interne et externe qu'il compte mettre en œuvre dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi, mais également recueillir son avis sur le nombre de suppressions d'emplois projeté, les catégories professionnelles concernées, les critères de l'ordre des licenciements envisagés ainsi que leur éventuelle pondération ou adaptation de leur périmètre d'application, le calendrier des ruptures, etc., à moins que ces points n'aient fait l'objet d'un accord majoritaire¹. Sauf à ce qu'ait été conclu un accord majoritaire total sur le projet de licenciement, une fois la procédure de consultation achevée, l'employeur ou l'administrateur doit élaborer le document unilatéral relatif au plan de sauvegarde de l'emploi et aux modalités de mise en œuvre des licenciements ou, en cas d'accord majoritaire partiel, sur les seuls points non traités dans l'accord et le transmettre, éventuellement accompagné de l'accord partiel, pour qu'il soit homologué par la DIRECCTE. Ce n'est qu'une fois l'accord majoritaire validé et/ou le document unilatéral homologué, homologation/validation administrative censée attester que la procédure d'information/consultation du comité a été régulièrement menée, que le juge-commissaire sera saisi et décidera d'autoriser les licenciements prévus dans le projet homologué/validé à condition qu'ils présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable. La consultation du comité se déroule donc dans une certaine mesure en un trait de temps, nulle intervention d'un organe judiciaire n'étant prévue au cours de l'élaboration du projet de restructuration et de licenciement. Lorsqu'est projeté un grand licenciement collectif au cours du maintien provisoire de l'activité d'une entreprise placée en liquidation judiciaire, la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise devrait se dérouler à l'identique, les conditions des licenciements étant les mêmes.

593. Déroulement de la consultation en cas de projet de licenciement collectif consécutif au prononcé de la liquidation judiciaire de l'entreprise. La procédure d'information/consultation du comité d'entreprise se déroule également en un trait de temps lorsqu'est prononcée la liquidation judiciaire sèche de l'entreprise, ou au terme de la période de maintien provisoire de l'activité. En effet, lorsque la liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal et qu'aucune cession totale ou partielle de celle-ci n'est envisageable, le « projet de restructuration » consiste en la cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise, le jugement de liquidation autorisant le liquidateur à procéder au licenciement de l'ensemble du personnel, sauf éventuelles possibilités de reclassement au niveau du groupe

¹ Art. L. 1233-30, C. trav.

dans les sociétés avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable¹. La liquidation judiciaire sèche étant prononcée après que le représentant du comité a été entendu par le tribunal de la procédure en application de l'article L. 2323-45 du Code du travail, la consultation sur le « *projet de restructuration et de compression des effectifs* » et sur le projet de licenciement collectif pourra être menée lors d'une seule et unique réunion du comité au cours de laquelle les « débats » sur le « projet de restructuration » consistant à fermer l'entreprise seront certainement plus succincts que ceux dédiés à l'élaboration du projet de licenciement. En effet, si le liquidateur est tenu de consulter le comité au titre des articles L. 2323-15 et L. 2323-44 du Code du travail sur la « restructuration » consistant à fermer l'entreprise, il semble évident que l'essentiel des discussions entre liquidateur et membres du comité d'entreprise portera sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les mesures de reclassement interne au groupe éventuellement envisageables, ainsi que sur les moyens que l'entreprise, par définition exsangue, voire le cas échéant que l'UES ou le groupe peuvent mobiliser afin de favoriser le reclassement externe des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu du fait de la cessation totale et définitive de l'entreprise.

La consultation du comité devrait ainsi principalement porter sur les éventuelles mesures de formation, d'adaptation, de bilan de compétences, le possible recours à une cellule de reclassement, etc. autant de mesures susceptibles de favoriser une réinsertion des salariés sur le marché du travail dans les meilleures conditions possibles. Quant aux modalités de mise en œuvre des licenciements, la cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise impliquant le licenciement de l'ensemble du personnel, sauf reclassement au sein du groupe envisageable, le comité n'aura pas à être consulté sur les critères de l'ordre des licenciements puisqu'il n'y aura pas lieu de les appliquer dans la mesure où tous les salariés seront licenciés². De même, s'agissant du calendrier des ruptures, il devrait faire l'objet de discussions pour le moins rapides puisque le liquidateur est tenu de procéder aux licenciements dans les vingt-et-un jours du prononcé de la liquidation judiciaire pour que l'AGS soit tenue de prendre en charge les créances liées aux ruptures.

Il convient d'indiquer qu'afin de garantir le respect de ce délai de vingt et un jours conditionnant la prise en charge des créances salariales par l'AGS, l'ordonnance du 12 mars 2014 a modifié les dispositions de l'article L. 641-4 du Code de commerce qui enjoint

¹ Cass. soc., 17 mai 1995, Bull. civ. V, n° 159 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 108 ; D. 1995, 436, note G. COUTURIER.

² Cass. soc., 27 mai 1997, Dr. soc. 1997, p. 744, obs. J. SAVATIER.

désormais au comité d'entreprise et au CHSCT ou le cas échéant à l'instance de coordination, de rendre leur avis « *au plus tard dans les douze jours de la décision prononçant la liquidation, ou, si le maintien provisoire de l'activité a été autorisé par le tribunal, dans les douze jours suivant le terme de cette autorisation* », étant précisé que l'absence de remise du rapport de l'expert-comptable et/ou de celui désigné par le CHSCT ou l'instance de coordination ne peut avoir pour effet de reporter ce délai¹.

594. Déroulement de la consultation en cas de projet de grand licenciement collectif envisagé dans le cadre d'un plan de redressement ou de cession. Lorsque l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur (en cas de cession) envisage un plan de redressement ou de cession impliquant le prononcé d'un grand licenciement collectif, ledit plan, siège des modalités de la restructuration et des prévisions en matière d'emploi, doit être arrêté par le tribunal de la procédure après avoir entendu le représentant du comité d'entreprise². S'agissant du déroulement de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise en cas de restructuration et de projet de grand licenciement collectif prévus par un plan de redressement et/ou de cession, les dispositions issues de la loi de sécurisation de l'emploi ont été modifiées par l'ordonnance du 12 mars 2014 afin de clarifier l'articulation des interventions des différentes personnes appelées à « contrôler la décision de licencier » : représentants du personnel, Administration du travail et tribunal de la procédure.

595. Déroulement de l'information/consultation sous l'empire des prévisions de la loi de sécurisation de l'emploi. Lorsqu'un projet de plan de cession et/ou de redressement est élaboré, il définit les conditions de la poursuite de l'activité et partant les modalités de l'opération de restructuration et le nombre de licenciements qui seront autorisés s'il est arrêté par le tribunal de la procédure. Dans une telle hypothèse, et notamment lorsque plusieurs offres de reprises sont présentées au tribunal, le nombre exact de licenciements autorisés et les catégories professionnelles concernées ne sont donc définitivement connus qu'une fois rendu le jugement arrêtant le plan de cession ou de redressement. Les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code du commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 14 juin 2013, disposent respectivement en matière de plan de redressement et de plan de cession, que lorsque le plan

¹ En réalité l'article L. 641-4 du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 contenait la référence erronée aux articles L. 2323-27 et L. 4612-8 du Code du travail, erreur corrigée par l'ordonnance du 26 juin 2014, qui y a substitué un renvoi aux articles L. 2323-25 et L. 4314-12-1 du Code du travail.

² Art. L. 2323-45, C. trav.

prévoit des licenciements pour motif économique, il ne peut être arrêté par le tribunal qu'après que la procédure de l'article L. 1233-58 du Code du travail a été mise en œuvre, « *à l'exception du 6° du I et des trois premiers alinéas du II de cet article.* »¹. Le II de l'article L. 1233-58 du Code du travail étant relatif à la validation/homologation du projet par la DIRECCTE, celle-ci ne peut donc intervenir en vertu des textes susvisés qu'une fois le plan de redressement et/ou de cession adopté par le tribunal. Quant au 6° du I de l'article L. 1233-58 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi de sécurisation de l'emploi², il fait référence aux articles L. 1233-57-5 et L. 1233-57-6 du Code du travail, respectivement relatifs au pouvoir d'injonction de l'Administration et à la faculté qui lui est accordée de faire toute observation ou proposition à l'employeur concernant le déroulement de la procédure ou les mesures sociales.

Par conséquent, les pouvoirs d'intervention de la DIRECCTE au cours de l'élaboration du projet de licenciement, destinés à lui permettre de remplir pleinement son rôle de garant de la qualité du dialogue social et de celle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, sont paralysés tant que le tribunal n'a pas statué sur le sort de l'entreprise. À ce titre, si l'instruction du 19 juillet 2013 envisage trois chronologies possibles lorsqu'un plan de redressement ou de cession prévoyant des licenciements est adopté, seule l'une d'entre elles assure à notre sens l'utilité et l'efficacité de la consultation des représentants du personnel ainsi que l'efficacité du contrôle administratif au cours de l'élaboration du projet de licenciement³.

596. La première chronologie envisagée par les services du Ministère du travail consiste à mener l'ensemble de l'information/consultation du comité au titre tant du projet de restructuration et de compression des effectifs que du projet de licenciement, avant l'audience arrêtant le plan de cession ou de redressement⁴. À notre sens, adopter une telle articulation réduirait à néant la réalité du contrôle du projet de licenciement par les représentants du personnel et l'Administration du travail, et ce particulièrement en cas d'adoption d'un plan de cession. En effet, dans la mesure où le projet de licenciement : nombre de suppressions d'emploi envisagées et catégories professionnelles concernées ne sont connus qu'une fois le plan de continuation et/ou de cession arrêté par le tribunal, consulter le comité sur le projet de

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

⁴ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

licenciement avant que son ampleur ne soit déterminée apparaît relativement abscons. Il semble ainsi absurde de consulter le comité d'entreprise sur un projet de grand licenciement collectif dont on ne connaît pas encore la teneur le jour où il est réuni pour émettre un avis, ce qui est le cas tant que le tribunal n'a pas statué sur le projet de plan de redressement et/ou de cession, et ce particulièrement lorsque plusieurs offres de reprise ont été formulées. Dans une telle hypothèse, il semble plus que probable que chaque offre de reprise prévoira des conditions de poursuite de l'activité différentes notamment en termes de « *niveau et perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée* »¹. Dès lors, tant que le sort de l'entreprise n'est pas scellé, *id est* tant qu'un (ou plusieurs plans) n'est pas arrêté par le tribunal, aucun projet précis de licenciement ne peut réellement être envisagé. Certes, l'administrateur pourrait élaborer plusieurs projets de grand licenciement collectif : un dédié à chacune des offres de reprise prévoyant un nombre de suppressions d'emploi différent selon chaque offre, concernant différentes catégories de personnel et partant des projets de contenu du plan de sauvegarde de l'emploi distincts selon que tel ou tel plan de cession serait retenu par le tribunal. Cette éventualité est d'ailleurs prévue par l'instruction du 19 juillet 2013 lorsqu'elle propose que l'ensemble de la procédure d'information/consultation du comité soit menée en amont de la décision statuant sur le sort de l'entreprise. Elle précise ainsi que « *Dans ce cas, l'administrateur doit remettre au comité d'entreprise un projet de licenciement qui reprend l'ensemble des options possibles de reprises avec les conséquences qui en découlent en matière de suppressions d'emplois et de mesures d'accompagnement* »². Le comité serait donc invité à s'exprimer sur plusieurs hypothèses abstraites de licenciement collectif dont une, voire plusieurs si le tribunal arrête plusieurs plans de cession ou un plan de redressement assorti d'un plan de cession partielle, deviendra un projet de licenciement concret une fois le sort de l'entreprise arrêté par le tribunal. Une telle chronologie apparaît ubuesque si l'on souhaite que l'information/consultation du comité d'entreprise ait une réelle utilité et permette la prise en considération des intérêts des salariés lors de l'élaboration du projet de licenciement. En effet, comment se prononcer sérieusement, et ainsi permettre aux salariés de participer à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants, lorsque ces derniers sont consultés sur des hypothèses et non sur des projections concrètes, la teneur du projet de licenciement n'étant pas connue le jour de la consultation du comité ? Comment rendre un avis éclairé et pouvoir faire des propositions alternatives tendant à améliorer les mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de

¹ Art. L. 642-2, C. com.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

l'emploi, lorsqu'on ne connaît pas, au moment où l'on doit s'exprimer, l'ampleur du projet de licenciement, ni les catégories professionnelles concernées ? Comment le comité d'entreprise pourrait-il émettre un avis sur les critères de l'ordre des licenciements, leur éventuelle pondération et/ou leur périmètre d'application alors même qu'il ne sait ni si tel ou tel établissement ou activité sera cédé ou pas, ni à quelles conditions, faute de connaître l'offre de reprise qui sera, ou non, retenue par le tribunal ? Comment le comité pourrait-il valablement faire des propositions relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi sans connaître le nombre de licenciements autorisés et les catégories de salariés concernés, et/ou sans savoir quelle sera l'offre de reprise qui sera retenue par le tribunal, chaque offre étant susceptible de prévoir des conditions de poursuite de l'activité différentes, notamment s'agissant du nombre de salariés dont le contrat sera poursuivi par-delà la cession ?

Outre le fait que mener l'intégralité de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise en amont de la décision statuant sur le sort de l'entreprise priverait de toute utilité la consultation du comité, retenir une telle chronologie mettrait l'Administration du travail dans l'impossibilité d'exécuter effectivement la mission qui lui est confiée au cours de l'élaboration du projet de licenciement. En effet, tant que le plan de redressement et/ou de cession n'est pas arrêté, la DIRECCTE ne peut user de son pouvoir d'injonction, pas plus que de la faculté d'émettre des observations sur le déroulement de la procédure, et/ou des suggestions tendant à améliorer les mesures de reclassement interne et externe prévues dans le projet de plan de sauvegarde de l'emploi. Dès lors, dans ces conditions, comment pourrait-elle effectivement assurer la qualité du dialogue social au cours de l'élaboration du projet de licenciement collectif, et garantir celle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ? Au surplus, achever la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise avant que le tribunal n'ait statué sur le sort de l'entreprise pourrait amener l'Administration à rendre sa décision d'homologation/validation du projet de licenciement avant que le jugement arrêtant le plan de continuation ou de cession ne soit rendu ; ce qui, bien que contraire à la lettre des articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce, est envisagé par l'instruction du 19 juillet 2013 qui n'en souligne pas moins les difficultés qu'engendrerait une telle articulation¹. En effet, l'article L. 1233-58 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi de sécurisation de l'emploi prévoit que le délai de quatre ou huit jours, selon qu'on est dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de redressement voire de sauvegarde, accordé à la DIRECCTE pour statuer sur la demande d'homologation/validation du projet de licenciement

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

court à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise. Comme le soulignent les services du Ministère du travail, « *Cela signifie donc que si l'administrateur adresse une demande d'homologation au plus tard le lendemain de la dernière réunion du comité d'entreprise, la DIRECCTE pourra être conduit à homologuer [le projet de licenciement] (...) avant (...) le jugement du tribunal* », alors même que tant que le tribunal n'a pas statué on ne sait quel sera le sort de l'entreprise, quel plan de cession sera retenu, combien de licenciements ni quelles catégories du personnel seront visés par le plan de redressement et/ou de cession finalement arrêté. Si, ne serait-ce qu'imaginer un tel scénario apparaît kafkaïen et contraire aux articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce qui prévoient expressément que la procédure d'homologation/validation du projet de licenciement ne doit pas être menée avant le jugement arrêtant le plan, l'instruction du 19 juillet 2013 l'envisage, non sans mettre en exergue les difficultés qui pourraient surgir notamment en présence de plusieurs offres de reprise. Dans une telle hypothèse, « *la possibilité de conduire la procédure d'information-consultation avant que le plan de cession ne soit arrêté est alors délicate à mettre en œuvre* » puisque « *dans ce cas, l'administrateur doit remettre au comité d'entreprise un projet de licenciement qui reprend l'ensemble des options possibles de reprises avec les conséquences qui en découlent en matière de suppressions d'emplois et de mesures d'accompagnement. Cela signifie donc que si l'administrateur adresse une demande d'homologation au plus tard le lendemain de la dernière réunion du comité d'entreprise, le DIRECCTE pourra être conduit à homologuer [le projet de licenciement] (...) avant (...) le jugement du tribunal. Si le jugement du tribunal n'est pas intervenu (ou s'il a été rendu mais n'a pas été porté à la connaissance du DIRECCTE), le DIRECCTE devra instruire les différentes hypothèses de PSE.* »¹. Non seulement une telle chronologie serait contraire à la lettre de l'article L. 642-5 du Code de commerce mais de surcroît cela obligerait la DIRECCTE à rendre une seule décision portant, aux termes de l'instruction, « *nécessairement sur l'ensemble des hypothèses* »², ce qui n'aurait guère de sens dans la mesure où certains projets pourraient recueillir l'onction administrative quant d'autres, prévoyant des mesures sociales d'accompagnement insuffisantes, devraient entraîner le rejet de la demande d'homologation/validation.

Au total, il semble que l'utilité et l'effectivité de la consultation du comité sur le projet de licenciement collectif et notamment sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, tout comme la possibilité pour l'Administration du travail de jouer pleinement son rôle de garant

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

de la qualité du dialogue social et du plan de sauvegarde de l'emploi, commandent que la procédure d'information/consultation du comité au titre du projet de restructuration et de licenciement collectif ne soit pas menée à son terme avant que le tribunal ne statue sur le sort de l'entreprise.

597. L'instruction du 19 juillet 2013 envisage une deuxième chronologie en cas de licenciement collectif inclus dans le projet plan de redressement et/ou de cession, consistant à recueillir l'avis du comité d'entreprise une fois le plan arrêté par le tribunal. Si l'instruction vise « l'avis » du comité¹, il ne faut pas se méprendre : le comité d'entreprise, quand bien même l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur ne seraient pas tenus de le réunir à deux reprises, doit exprimer deux avis : un sur le projet de restructuration et de compression des effectifs au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail et l'autre sur le projet de licenciement collectif au titre de l'article L. 1233-30 et/ou de la jurisprudence *EDF*, en cas de conclusion d'un accord majoritaire total ou partiel portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi². Or le principe d'antériorité de la consultation commande que le comité ait pu rendre son avis avant que la décision de restructuration ne soit arrêtée, ce qui implique que l'avis du comité sur le projet de plan de redressement et/ou de cession soit recueilli avant l'audience du tribunal au cours de laquelle il sera statué sur le sort de l'entreprise, sauf à priver de toute utilité la consultation du comité sur le projet de restructuration et de compression des effectifs, et à violer du même coup l'article L. 2323-2 du Code du travail auquel, pour mémoire, un accord de méthode pas plus qu'un éventuel accord majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut déroger³. Certes le tribunal de la procédure est tenu en application de l'article L. 2323-45 du Code du travail d'entendre le représentant du comité pendant l'audience au cours de laquelle il sera statué sur le sort de l'entreprise. Toutefois cela n'exonère pas l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur de l'obligation de consulter le comité afin qu'il exprime son avis sur le projet de restructuration et de compression des effectifs et qu'il puisse formuler des propositions alternatives que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur devra mettre à l'étude afin d'y apporter une réponse motivée. L'effectivité de la consultation du comité au titre de la Partie II du Code du travail implique qu'il soit consulté sur le projet de plan de redressement et/ou de cession avant l'audience au cours de laquelle le plan sera arrêté.

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

² Cass. soc., 5 mai 1998, préc.

³ Art. L. 1233-23 (accord de méthode) et L. 1233-24-3 (accord majoritaire) C. trav.

598. C'est pourquoi à notre sens, seule la troisième articulation de l'information/consultation du comité suggérée, et fortement conseillée, par l'instruction du 19 juillet 2013 est de nature à assurer l'utilité et l'efficacité de la consultation du comité sur le projet de restructuration et de grand licenciement collectif prévu par le plan de redressement ou de cession, ainsi que l'effectivité de la mission de l'Administration du travail tendant à garantir la qualité du dialogue social et du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. L'instruction suggère ainsi de dissocier, d'une part consultation du comité au titre de la Partie II du Code du travail, c'est-à-dire sur le projet de restructuration et de compression des effectifs, *id est* le projet de plan de redressement ou de cession au titre des articles L. 2323-15 et L. 2323-44 du Code du travail, et, d'autre part, l'information/consultation du comité au titre du projet de grand licenciement collectif prévue à l'article L. 1233-30 dudit code qui devra quant à elle avoir lieu une fois le plan de cession ou de redressement arrêté par le tribunal.

Retenir une telle chronologie permet ainsi d'une part au comité d'exprimer utilement son avis sur les différents projets de reprise et/ou sur le projet de plan de redressement avant que celui ne soit arrêté par le tribunal, sachant qu'en toute hypothèse le tribunal de la procédure doit, en application de l'article L. 2323-45 du Code du travail et des articles L. 626-9 et L. 642-5 du Code de commerce entendre le représentant du comité d'entreprise au cours de l'audience précédant le jugement statuant sur le sort de l'entreprise¹. D'autre part, cette articulation garantit également l'utilité de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement, ses modalités de mise en œuvre et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi puisque le comité sera appelé à s'exprimer sur ces questions une fois le jugement arrêtant le plan de redressement et/ou de cession rendu et, avec lui, le nombre de licenciements autorisés et les catégories professionnelles concernées connus. De surcroît, dans la mesure où la DIRECCTE retrouve la jouissance de ses pouvoirs d'injonction et d'observation et de proposition une fois le jugement rendu, celle-ci pourra pleinement et efficacement jouer son rôle de garant de la qualité tant du dialogue social que des mesures de reclassement interne et externe prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi.

Facilitateur du dialogue entre représentants du personnel et administrateur, garant de la qualité de l'accompagnement social des salariés menacés de licenciement et « juge final » du

¹ Art L. 626-9, C. com., relatif au plan de sauvegarde mais rendu applicable au plan de redressement en vertu de l'article L. 631-19, I, du Code de commerce. L'article R. 626-17 du Code de commerce auquel renvoie l'article R. 631-35 du même code en matière de plan de redressement dispose que « *Dès le dépôt au greffe du projet de plan par le débiteur, le greffier convoque, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le débiteur, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et les contrôleurs.* ».

projet de licenciement puisque sans validation ou homologation administrative de ce dernier les ruptures ne pourront, à peine d'irrégularité, être prononcées¹, l'Administration doit être associée à l'élaboration du projet de licenciement et notamment du plan de sauvegarde de l'emploi le plus en amont possible afin de préparer sa décision finale.

À notre sens, et comme le préconise d'ailleurs l'instruction du 19 juillet 2013², le seul moyen d'assurer l'utilité et l'efficacité de la consultation du comité en cas de projet de grand licenciement collectif prévu dans le cadre d'un plan de redressement ou de cession, est de procéder en premier lieu à l'information/consultation du comité sur le projet de restructuration et de compression des effectifs impliquant sa consultation simultanée sur le projet de plan de redressement et/ou de cession, puis, une fois le plan arrêté par le tribunal, de le consulter sur le projet de licenciement collectif, l'information sur ce projet ayant pu pour sa part commencer en amont³. Cette dernière consultation va devoir être menée rapidement dans la mesure où pour que les créances liées aux ruptures prévues dans le plan de redressement ou de cession soient prises en charge par l'AGS, les licenciements doivent intervenir dans le délai d'un mois suivant le jugement⁴. Or, dans ce délai, il faudra non seulement que le comité ait été consulté sur le projet de licenciement, qu'il ait pu émettre des suggestions tendant à améliorer le plan de sauvegarde de l'emploi, auxquelles l'administrateur ou l'employeur devra apporter une réponse motivée, mais également que la DIRECCTE ait validé/homologué le projet, sachant qu'elle dispose pour ce faire de quatre ou huit jours selon qu'on est en présence d'une procédure de liquidation ou de redressement. Il va donc falloir faire vite... À ce titre, nous ne saurions trop conseiller à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur d'anticiper, en convoquant le comité d'entreprise pour la réunion d'information/consultation sur le projet de licenciement avant l'audience au cours de laquelle le plan de cession ou de redressement sera arrêté, afin que la réunion puisse se tenir dès le lendemain du jour où le jugement a été prononcé. De même, afin que les délais soient « tenables » pour l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, il serait souhaitable que les dispositions actuelles soient modifiées pour assurer la prise en charge par l'AGS des créances nées des ruptures dès lors que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur a manifesté l'intention de rompre les contrats dans le délai d'un mois, intention qui pourrait être caractérisée par le fait d'avoir saisi

¹ Art. L. 1233-58, C. trav.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

⁴ Art. L. 3253-8, C. trav.

la DIRECCTE d'une demande d'homologation/validation au cours du mois suivant le jugement arrêtant le plan de redressement ou de cession.

Si seule cette articulation consistant à séparer consultation au titre du Livre II et consultation au titre du Livre I semble à même de garantir l'utilité et l'efficacité de la consultation du comité au titre tant du projet de restructuration que de celui de grand licenciement collectif, elle est remise en cause par l'ordonnance du 12 mars 2014, même si celle-ci laisse place à l'interprétation.

599. Déroulement de l'information/consultation sous l'empire des prévisions de l'ordonnance du 12 mars 2014. L'ordonnance du 12 mars 2014 a réécrit les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce ainsi que l'article L. 1233-58 du Code du travail¹. Désormais, les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce prévoient que le plan de redressement et/ou de cession est arrêté par le tribunal après que la procédure prévue au I de l'article L. 1233-58 du Code du travail a été mise en œuvre par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur. Ils précisent que « *L'avis du comité d'entreprise et, le cas échéant, celui du comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail et de l'instance de coordination sont rendus au plus tard le jour ouvré avant l'audience du tribunal qui statue sur le plan* », l'absence de remise du rapport de l'expert-comptable ou de l'expert agréé assistant le CHSCT ou l'instance de coordination n'ayant pas pour effet de reporter ce délai². L'ordonnance semble donc imposer la mise en œuvre de l'ensemble de la procédure d'information/consultation du comité tant sur le projet de restructuration que sur celui de licenciement collectif en amont du jugement arrêtant le plan de redressement et/ou de cession. Si, dorénavant les pouvoirs administratifs d'injonction, d'observation et de proposition sur la procédure et les mesures d'accompagnement ne sont plus paralysés avant l'adoption du plan et que dès lors la DIRECCTE peut pleinement jouer son rôle de garant de la qualité du dialogue social et du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, l'utilité de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement n'en est pas moins considérablement réduite. En effet, à notre sens, l'efficacité et l'utilité de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement collectif commandent qu'il soit consulté sur les modalités de mise en œuvre du projet de licenciement collectif, les critères de l'ordre des licenciements et leur

¹ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc.

² En réalité les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 visaient le « mystérieux » expert soi-disant mentionné aux articles L. 2323-27 et L. 4612-8 du Code du travail... L'ordonnance du 26 juin 2014 a heureusement corrigé ces erreurs.

éventuelle pondération et/ou l'adaptation de leur champ d'application, et sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi une fois le jugement statuant sur le sort de l'entreprise rendu. Comme nous l'avons démontré plus haut, ce n'est qu'une fois connus le nombre de licenciements autorisés et les catégories professionnelles concernées, que le comité d'entreprise peut véritablement se prononcer en toute connaissance de cause sur le projet de licenciement, suggérer la mise en œuvre de telle ou telle mesure de reclassement interne ou externe, proposer de favoriser tel critère de l'ordre des licenciements par rapport à tel autre, etc. L'ordonnance du 12 mars 2014 semble donc condamner la possibilité de mener, en amont du jugement statuant sur le sort de l'entreprise, la seule consultation relative au projet de restructuration, puis, une fois le ou les plans arrêtés et avec eux le nombre de licenciements autorisés et les catégories professionnelles concernées connus de le consulter sur le projet de licenciement collectif, ses modalités de mise en œuvre et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi¹.

Si la mise à l'écart d'une telle faculté est à notre sens regrettable en ce qu'elle réduit considérablement l'utilité de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement collectif, le texte des articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce pourrait laisser place à une autre interprétation. En effet, ces textes dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 reprennent la même formule que celle issue de la loi de sauvegarde de l'emploi selon laquelle le tribunal doit statuer après que la procédure prévue au I de l'article L. 1233-58 du Code du travail a été mise en œuvre, ce qui n'implique pas plus sous l'empire des dispositions de l'ordonnance que du droit antérieur, que la procédure soit achevée avant l'audience. L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur doivent simplement avoir commencé à la mettre en œuvre avant l'audience. Certes, dans leur rédaction issue de l'ordonnance les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce prévoient que l'avis du comité d'entreprise doit être rendu au plus tard la veille de l'audience au cours de laquelle il sera statué sur le sort de l'entreprise. Toutefois, est seulement visé « l'avis » et non « les avis » du comité d'entreprise qui doit pourtant en rendre deux : un sur le projet de restructuration et de compression des effectifs *id est* sur le(s) projet(s) de plan(s) de redressement et/ou de cession et un autre sur le projet de licenciement collectif, ses modalités de mise en œuvre et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. On pourrait donc interpréter les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce comme imposant seulement au comité d'entreprise de rendre son avis relatif au projet de restructuration en

¹ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc.,

application de la Partie II du Code du travail avant l'audience statuant sur le sort de l'entreprise ; l'avis relatif au projet de licenciement collectif pouvant quant à lui être émis une fois le jugement arrêtant le plan de redressement et/ou de cession rendu. Une telle articulation étant, comme nous l'avons démontré plus haut, la seule à nos yeux susceptible de garantir l'utilité et l'efficacité de la consultation du comité sur le projet de licenciement collectif, il serait souhaitable qu'elle soit retenue tant par les tribunaux de commerce et de grande instance que par l'Administration du travail. Il convient tout de même d'attendre une prise de position claire de leur part en ce sens. En tout état de cause, si une telle chronologie était retenue, nous ne saurions trop conseiller à l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur d'envoyer aux membres du comité d'entreprise la convocation à la réunion relative au projet de licenciement dès avant l'audience, afin que la consultation relative au projet de licenciement puisse se tenir le plus tôt possible après que le jugement arrêtant le plan de redressement et/ou de cession aura été rendu, afin de pouvoir prononcer les licenciements dans le délai d'un mois suivant ledit jugement, condition *sine qua non* de la prise en charge des créances liées aux licenciements par l'AGS¹, étant rappelé que les ruptures ne pourront être prononcées qu'une fois la validation/homologation du projet de licenciement obtenue. À ce titre, afin d'éviter que les délais ne soient difficilement tenables, il nous semble souhaitable que la couverture des créances liées aux ruptures des contrats de travail soit assurée par l'AGS dès lors que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur aura manifesté l'intention de rompre les contrats dans le délai d'un mois, intention qui pourrait être caractérisée par le fait d'avoir saisi la DIRECCTE d'une demande d'homologation/validation.

Si, d'aventure, la jurisprudence et l'Administration du travail interprétaient les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce tels qu'issus de l'ordonnance du 12 mars 2014 comme imposant l'achèvement de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise tant sur le projet de restructuration que sur celui de licenciement collectif avant l'audience au cours de laquelle il sera statué sur le sort de l'entreprise, cela serait à notre sens regrettable puisque l'utilité de la consultation du comité sur le projet de licenciement, ses modalités de mise en œuvre et le contenu du plan s'en trouverait extrêmement affaiblie. Toutefois, si une telle chronologie était retenue, rien ne s'opposerait à ce que le comité soit réuni à nouveau après que le tribunal aura arrêté le plan de continuation et/ou de redressement afin d'émettre un avis sur le projet de licenciement. En tout état de cause, si dorénavant l'avis du comité doit être rendu au plus tard la veille de l'audience arrêtant le plan de continuation

¹ Art. L. 3253-8, C. trav.

et/ou de redressement, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur ne saurait pour autant se contenter de tenir une seule réunion avec les représentants du personnel la veille de l'audience sauf à les mettre dans l'impossibilité d'exprimer utilement leur avis. En effet, bien qu'antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014, à notre sens, devrait être maintenue la jurisprudence selon laquelle lorsque « *l'administrateur judiciaire [n'a] tenu qu'une seule réunion des délégués du personnel après avoir déposé son rapport portant projet de plan de continuation au greffe du tribunal de commerce et que celle-ci [s'est] tenue la veille de l'audience du tribunal à l'expiration de la période d'observation de vingt mois, (...) les délégués du personnel [n'ont] pas été mis en mesure de faire valoir utilement leurs observations, en sorte que la procédure de consultation prévue par les [anciens] articles L. 621-56 du code de commerce et L. 321-9 du code du travail, interprétés à la lumière de la Directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002 [n'a] pas été valablement conduite* »¹. Si une interprétation stricte des articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce devait être retenue, ce que nous ne souhaitons pas, et qu'ainsi l'avis des représentants du personnel relatif tant au projet de restructuration qu'à celui de licenciement collectif devait être exprimé au plus tard avant l'audience statuant sur le sort de l'entreprise, il semble indispensable pour que la consultation ait un effet utile que le comité ait le temps d'étudier les projets, ce qui implique qu'il ait été réuni au moins une fois avant la date butoir à laquelle il doit rendre son avis.

Si l'ordonnance du 12 mars 2014 a réécrit les dispositions relatives à l'information/consultation des représentants du personnel sur les projets de grand licenciement collectif envisagés dans les entreprises de cinquante salariés au moins soumises à une procédure collective, elle a également modifié les prescriptions légales relatives à l'intervention de l'Administration du travail dans une telle hypothèse. En effet, au contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique envisagés dans le cadre d'une procédure collective, soumis également à un contrôle allégé des représentants du personnel lorsqu'est envisagé un grand licenciement collectif, vient s'ajouter celui de la DIRECCTE dans la mesure où sans validation/homologation administrative du projet de licenciement, les ruptures ne pourront être prononcées à peine d'irrégularité.

¹ Cass. soc., 12 sept. 2007, Bull. civ. V, n° 125 ; D. 2007, AJ 2308, obs. A. LIENHARD.

§ 3 - Le contrôle administratif des grands projets de licenciement dans les entreprises soumises à une procédure collective.

A l'instar du droit applicable depuis la loi de sécurisation de l'emploi dans les entreprises *in bonis*, les entreprises soumises à une procédure collective de cinquante salariés au moins envisageant de prononcer un grand licenciement collectif voient cette décision soumise au contrôle de l'Administration du travail¹. Le prononcé des licenciements est ainsi subordonné non seulement à une autorisation judiciaire préalable, mais également à la validation/homologation administrative du projet de licenciement collectif, et notamment du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Dans la mesure où la DIRECCTE dispose désormais d'un réel pouvoir de contrôle sur la décision de licencier, et qu'elle est tout aussi garante dans les entreprises soumises à une procédure collective que dans celles *in bonis* de la qualité du dialogue social et de celle des mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi, l'Administration doit être impliquée le plus en amont possible dans l'élaboration du projet de licenciement. À ce titre, elle dispose de prérogatives au cours de la procédure d'élaboration du projet, prérogatives qui lui permettent de préparer le contrôle du projet à l'issue de la procédure et ainsi sa décision finale d'homologation/validation du projet. De ce point de vue, l'instruction du 19 juillet 2013 insiste sur la nécessité de « *Travailler le plus en amont possible afin d'anticiper la décision de validation ou d'homologation du projet de licenciement économique collectif* » et rappelle qu'« *Il est impératif que le DIRECCTE, l'employeur, l'administrateur et/ou le liquidateur judiciaire, ainsi que les instances représentatives du personnel, les organisations syndicales, et avec l'AGS, travaillent, le plus en amont possible, et en étroite collaboration, sur le projet de licenciement qui sera soumis à la procédure de validation ou d'homologation dans des délais très resserrés* »².

En effet, afin de tenir compte non seulement de la situation critique de l'entreprise dont le redressement et la survie dépendent le plus souvent de la mise en œuvre rapide d'une restructuration impliquant généralement des suppressions d'emplois, mais également de l'exigence de célérité imposée par le respect des délais permettant la couverture par l'AGS

¹ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

des créances résultant des licenciements, les prérogatives de l'Administration sont aménagées lorsqu'elle est appelée à contrôler un projet de grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins soumis à une procédure collective. Ainsi, les pouvoirs de contrôle et de proposition dont dispose l'Administration en cours de procédure font l'objet d'adaptations particulières en cas de procédure collective, à l'instar des délais qui lui sont accordés pour instruire les demandes de validation/homologation du projet de licenciement (A). L'homologation/validation administrative du projet de licenciement est un préalable indispensable à la notification des ruptures, puisqu'à défaut les ruptures prononcées ne sont pas nulles comme dans les entreprises *in bonis* mais irrégulières (B).

A - L'aménagement du contrôle administratif au cours de la procédure d'élaboration du projet de licenciement collectif dans le cadre d'une procédure collective.

Dans les entreprises soumises à une procédure collective, bien que le tribunal de la procédure et les mandataires judiciaires jouent un rôle de premier plan pour essayer d'assurer le maintien de l'activité de l'entreprise et, avec lui, celui d'un maximum d'emplois dès lors qu'est envisagé le prononcé d'un grand licenciement collectif, la DIRECCTE est appelée à jouer rôle non moins essentiel tout au long du processus d'élaboration du projet de grand licenciement collectif et du plan de sauvegarde de l'emploi. Censée garantir la qualité non seulement du dialogue social mais aussi de l'accompagnement social des salariés menacés de licenciement, qu'il s'agisse des mesures de reclassement interne ou externe prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi, l'autorité administrative est un interlocuteur privilégié de l'employeur et des mandataires judiciaires mais aussi du comité d'entreprise tout au long du processus décisionnel relatif au projet de licenciement. Pour pouvoir s'impliquer au plus tôt dans le projet et accompagner les syndicats et/ou le comité d'entreprise ainsi que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur dans l'élaboration d'un projet de licenciement collectif, l'Administration du travail est destinataire d'un certain nombre d'informations (1). Cette information régulière aux différentes étapes de la procédure collective et de la procédure de licenciement va lui permettre, si elle l'estime nécessaire, de formuler des observations sur le déroulement de la procédure ou de faire des propositions tendant à améliorer le contenu du

plan de sauvegarde de l'emploi¹. Par ailleurs, en cas de litige entre l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur et les organisations syndicales et/ou les représentants du personnel qui estimeraient que l'employeur ou les mandataires judiciaires manquent à certaines de leurs obligations en termes d'information, de respect du principe de loyauté de la négociation collective ou encore des règles d'information/consultation du comité, l'Administration dispose d'un pouvoir d'injonction pour permettre au plus vite le rétablissement du dialogue et replacer les parties dans une logique de compromis et non d'affrontement². Les prérogatives de la DIRECCTE au cours de l'élaboration du projet de licenciement qu'il s'agisse de la faculté de faire des propositions relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, ou des observations sur le déroulement de la procédure ou encore d'enjoindre à l'employeur ou aux mandataires judiciaires de se conformer aux dispositions légales en la matière, sont paralysées à certaines étapes de la procédure collective lorsqu'elle relève des dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi, paralysie momentanée, à laquelle l'ordonnance du 12 mars 2014 a mis fin (2).

1 - L'obligation d'informer l'Administration du travail.

600. L'article L. 1233-60 du Code du travail impose à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur d'informer l'Administration du travail avant tout licenciement pour motif économique, qu'il soit envisagé au cours de la période d'observation, dans le cadre d'un plan de redressement et/ou de cession, lors du maintien provisoire de l'activité d'une entreprise dont la liquidation judiciaire a été prononcée, ou dans le cadre de la liquidation « sèche » de l'entreprise. Il convient d'indiquer que les règles permettant de déterminer la DIRECCTE compétente pour connaître du projet de licenciement, contrôler le respect de la procédure d'information/consultation du comité et instruire la demande finale d'homologation/validation sont identiques que l'entreprise soit ou non *in bonis*³.

Par ailleurs, l'article L. 1233-58 du Code du travail prévoit qu'à l'instar du droit applicable dans les entreprises *in bonis*, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est tenu de transmettre à l'Administration l'ensemble des informations communiquées au comité d'entreprise⁴. Ainsi, la DIRECCTE doit-elle bénéficier de tous les renseignements relatifs au

¹ Art. L. 1233-57-6, C. trav.

² art. L. 1233-57-5, C. trav.

³ Sur les modalités de détermination de la DIRECCTE compétente.

⁴ L'article L. 1233-58 du Code du travail renvoie en effet à l'article L. 1233-48 dudit Code.

projet de restructuration et de compression des effectifs transmis au comité en application de l'article L. 2323-4 du Code du travail.

Outre les renseignements relatifs à la restructuration en elle-même, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur doit transmettre à l'autorité administrative les informations relatives au projet de licenciement collectif communiquées aux représentants du personnel en application de l'article L. 1233-31 du Code du travail. Doivent donc être portés à la connaissance de la DIRECCTE les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement, les catégories professionnelles concernées, les critères retenus pour l'ordre des licenciements, le nombre de ruptures projetées et leur calendrier prévisionnel, ainsi que les mesures de nature économique et le nombre de salariés, permanent ou non, employés dans le ou les établissements. De surcroît, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur doit transmettre à l'Administration, tout comme aux représentants du personnel, le projet de plan de sauvegarde de l'emploi destiné à éviter les licenciements, en limiter le nombre et favoriser le reclassement des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu¹. Ces informations transmises à l'autorité administrative dès l'ouverture de la procédure d'information/consultation doivent lui permettre d'avoir une approche globale du projet de licenciement au commencement du processus de concertation et ainsi, de pouvoir s'impliquer le plus en amont possible dans l'élaboration du projet.

Par ailleurs, afin que l'Administration du travail puisse suivre la procédure d'information/consultation du comité au fur et à mesure de son déroulé, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est tenu de lui transmettre les procès-verbaux des réunions des représentants du personnel indiquant les avis, suggestions et propositions de ces derniers qui peuvent éclairer l'Administration dans l'instruction du projet de licenciement². À ce titre, bien que l'ordonnance du 12 mars 2014 ait consacré le droit pour le comité d'entreprise de recourir à un expert-comptable en cas de grand projet de licenciement collectif envisagé dans une entreprise soumise à une procédure collective, et que la loi de sécurisation de l'emploi impose à l'employeur de transmettre à la DIRECCTE le rapport de l'expert-comptable, cette dernière obligation ne s'applique pas en cas de procédure collective. Si, en l'état des dispositions légales, l'employeur n'apparaît pas tenu de communiquer le rapport de l'expert-comptable à la DIRECCTE ce qui nous semble dommageable, celle-ci peut toujours le demander au comité d'entreprise. En effet, la connaissance par l'autorité administrative du

¹ Art. L. 1233-32, C. trav et L. 1233-61, C. trav.

² Art. L. 1233-48, C. trav.

rapport de l'expert-comptable peut constituer une pièce précieuse pour lui permettre d'accomplir sa mission, particulièrement en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'entreprise, hypothèse dans laquelle les délais d'instruction des demandes de validation/homologation du projet de licenciement sont considérablement réduits. Ce rapport est ainsi susceptible de contenir des analyses et des informations de nature à permettre à l'autorité administrative de faire des observations sur le projet de licenciement collectif tel qu'il est conçu par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur ou encore sur les mesures sociales d'accompagnement envisagées. À cet égard, dans la mesure où l'expert-comptable dispose de pouvoirs d'investigation l'autorisant à solliciter des informations émanant du groupe auquel l'entreprise appartient, son rapport pourrait éclairer la DIRECCTE non seulement sur l'éventuelle instrumentalisation du droit des procédures collectives par le groupe mais surtout lui permettre de connaître les moyens que ce dernier pourrait mobiliser pour enrichir le plan élaboré par sa filiale exsangue... Eu égard au laps de temps de très court dans lequel l'Administration doit instruire les demandes d'homologation/validation des projets de licenciements collectifs, elle n'aura vraisemblablement pas le temps de s'intéresser aux moyens du groupe dont la filiale est placée en redressement ou en liquidation judiciaire, « lacune » que le rapport de l'expert pourrait être à même de combler permettant ainsi d'assurer une certaine effectivité du contrôle administratif du projet de licenciement et notamment du projet de plan de sauvegarde de l'emploi.

Enfin, pour que la DIRECCTE soit informée en temps réel des différentes étapes de la procédure collective ouverte à l'encontre de l'entreprise, l'article R. 1233-7 du Code du travail impose que lui soient transmises les copies des jugements arrêtant le plan de redressement et/ou de cession, prononçant la liquidation judiciaire « sèche » de l'entreprise, autorisant le maintien de provisoire de l'activité de l'entreprise liquidée, ou encore mettant fin à la poursuite de l'activité. Pour que l'Administration du travail puisse effectivement s'impliquer dans le processus d'élaboration du projet de licenciement collectif, il est en effet essentiel qu'elle soit tenue au courant de l'évolution de la procédure collective et des différents jugements rendus par le tribunal qui autorisent le prononcé de licenciements. En effet, les divers jugements relatifs au sort de l'entreprise constituent une source précieuse d'information pour l'Administration, notamment sur la situation économique de l'entreprise, essentielle pour apprécier le contenu du projet de licenciement collectif et les mesures de reclassement interne et externe susceptibles d'être mises en œuvre dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi. De même, la transmission à l'autorité administrative d'informations tout au long de la procédure d'information/consultation, qu'il s'agisse de documents

économiques ou financiers sur la situation de l'entreprise, de renseignements sur les raisons fondant le projet de restructuration et de grand licenciement collectif, des avis et propositions des représentants du personnel ou encore du rapport de l'expert-comptable, est de nature à contribuer à l'effectivité de la mission confiée à la DIRECCTE, en lui permettant notamment de pouvoir, en toute connaissance de cause, faire des observations ou des propositions relatives au déroulement du processus consultatif, ou au contenu des mesures sociales d'accompagnement envisagées par l'employeur.

2 - Les prérogatives de l'Administration au cours de la procédure.

601. Pouvoirs administratifs d'injonction, d'observation et de proposition en cours de procédure. Si, avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, l'Administration du travail pouvait émettre un constat de carence lorsqu'elle estimait que le projet de plan de sauvegarde de l'emploi était insuffisant en termes de reclassement interne et/ou externe des salariés menacés de licenciement, et qu'elle pouvait dresser un avis d'irrégularité si elle constatait que l'employeur ne se conformait pas aux dispositions relatives à la procédure d'information/consultation des représentants du personnel, elle ne pouvait user de ces prérogatives en cas de procédure collective, faute par l'article L. 1233-58 du Code du travail dans sa rédaction de l'époque de renvoyer aux anciens articles L. 1233-52 et L. 1233-56 du Code du travail alors en vigueur¹. Désormais, la DIRECCTE peut user des prérogatives qui lui sont accordées au cours de la procédure de grand licenciement collectif envisagé dans une entreprise de cinquante salariés au moins, que celle-ci soit ou non *in bonis*, ce qui constitue un progrès incontestable eu égard au nouveau rôle attribué à la DIRECCTE. Ainsi, l'article L. 1233-58 du Code du travail rend-il applicable les articles L. 1233-57-5 et L. 1233-57-6 du même code dans les entreprises soumises à une procédure collective, respectivement relatifs au pouvoir d'injonction de l'Administration et à la faculté qui lui est offerte en cours de procédure de formuler des observations ou des propositions sur le déroulé de la procédure ou les mesures sociales prévues dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Ces prérogatives sont essentielles pour que l'Administration puisse effectivement assurer sa mission consistant à veiller au cours de la procédure à la qualité du dialogue social et des mesures de reclassement interne et externe destinées à accompagner les salariés menacés de licenciement.

¹ L'article L. 1233-52 du Code du travail, abrogé par la loi de sécurisation de l'emploi était le siège du constat de carence, quant à l'article L. 1233-56 dudit code il porte sur l'avis d'irrégularité et s'appliquait à l'époque aux procédures de grand licenciement collectif envisagées dans les entreprises de cinquante salariés au moins.

602. Pouvoir d'observations relatives au déroulement de la procédure. Appelée à suivre et à s'impliquer dans le processus de concertation relatif au projet de licenciement collectif dès le commencement de la procédure, l'Administration du travail peut ainsi être amenée à relever des irrégularités dans le déroulement de cette dernière. Surtout, étant un interlocuteur privilégié tant de l'employeur ou des mandataires judiciaires que des représentants du personnel, elle peut déceler au cours de la procédure l'existence de tensions entre les parties, de comportements nuisibles à la qualité du dialogue social, de positions de part ou d'autre tendant à placer le processus consultatif ou la négociation dans une logique d'affrontement plutôt que dans une recherche de compromis et d'apaisement, etc. La DIRECCTE est ainsi chargée d'aider l'employeur ou les mandataires judiciaires à satisfaire les obligations relativement complexes qui pèsent sur eux dans un contexte dans lequel ils sont de surcroît « pressés par le temps », la réalisation rapide de la restructuration et de la compression d'effectif conditionnant bien souvent les chances de survie de l'entreprise. L'Administration du travail peut donc adresser des observations à l'employeur ou aux mandataires judiciaires lorsqu'une règle de procédure n'a pas été respectée ou émettre des suggestions tendant à permettre une amélioration du dialogue social¹. Il appartient à la DIRECCTE de conseiller l'employeur ou les mandataires judiciaires sur la manière dont doivent se dérouler les négociations ou les consultations, pour qu'elles aient lieu dans un climat plus serein, plus apaisé, favorisant un dialogue réellement constructif autour du projet de restructuration et de licenciement collectif. L'Administration du travail peut ainsi pleinement jouer son rôle de conseiller et de pédagogue auprès des parties, grâce à la faculté qui lui est offerte de faire des observations et des propositions afin que la procédure de consultation non seulement soit conforme aux dispositions légales, mais surtout qu'elle soit mise en œuvre de telle manière qu'elle puisse effectivement avoir un effet utile et assurer un dialogue social de qualité, de nature à éventuellement faire émerger de réelles solutions alternatives tendant à préserver au mieux l'emploi, les intérêts de l'entreprise et ceux des salariés.

Employeur ou mandataires judiciaires ont tout intérêt à prendre en considération les observations formulées par la DIRECCTE s'agissant du respect de la procédure de grand licenciement collectif au risque sinon de se voir opposer un refus d'homologation/validation du projet de licenciement, refus qui paralyse le prononcé des ruptures à peine d'irrégularité de

¹ Art. L. 1233-57-6, C. trav.

ces dernières¹. Il en va de même s'agissant des propositions administratives relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi réalisées en application de l'article L. 1233-57-6 du Code du travail.

603. Pouvoir de proposition sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Dans les entreprises soumises à une procédure collective, employeur ou mandataires judiciaires ont particulièrement intérêt à prendre en considération les propositions de l'Administration du travail tendant à compléter, modifier ou améliorer le contenu des mesures sociales d'accompagnement du projet de grand licenciement collectif². En effet, si l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur est seulement tenu d'adresser à la DIRECCTE une réponse motivée à ces propositions, rien ne le contraignant légalement à les mettre en œuvre, en réalité, désormais, le poids des propositions de l'Administration du travail et la suite donnée à ses suggestions est renforcé par l'épée de Damoclès que constitue l'éventuel refus d'homologation/validation du projet de licenciement³. Ainsi, ces propositions et leur prise en compte pour amender, ou non, le projet de plan de sauvegarde de l'emploi constituant un élément préparatoire à la décision « finale » d'homologation/validation du projet de licenciement sans laquelle les ruptures ne peuvent être prononcées, à peine d'irrégularité⁴, employeur ou mandataires judiciaires ont tout intérêt à sérieusement prendre en considération les suggestions administratives pour compléter et modifier le plan et à essayer d'en intégrer un maximum dans le plan final. De même, nous ne saurions trop leur conseiller d'exposer dans la réponse qu'ils doivent lui adresser les raisons pour lesquelles ils ne peuvent mettre en œuvre telle ou telle mesure d'accompagnement suggérée par la DIRECCTE.

Garante de la qualité des mesures sociales accompagnant le projet de licenciement, l'Administration du travail doit s'impliquer et formuler le plus en amont possible de la dernière réunion du comité d'entreprise des observations et propositions tendant à compléter, modifier ou améliorer le plan. Le dialogue entre employeur ou mandataires judiciaires, représentants du personnel et Administration du travail doit s'engager au plus tôt afin de permettre l'optimisation des discussions relatives au contenu du plan et au projet de licenciement collectif.

¹ Art. L. 1233-58, C. trav.

² Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ En ce sens, F. GÉA, « Les grands licenciements collectifs dans l'ordre administratif », RDT 2013, p. 261 ; Y. STRUILLOU, art. préc. ; G. COUTURIER, art. préc.

⁴ Art. L. 1233-58, C. trav.

604. Pouvoir d'injonction Au-delà des interventions « spontanées » de la DIRECCTE aux fins de s'assurer du bon déroulement de la procédure et de la qualité du plan de sauvegarde de l'emploi, celle-ci peut également être saisie par les représentants du personnel, les organisations syndicales voire, le cas échéant, l'expert¹, d'une demande d'injonction en application de l'article L. 1233-57-5 du Code du travail. Privés depuis l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi de la possibilité de saisir le juge civil des référés, les représentants du personnel et/ou les syndicats peuvent, en cours de procédure, *id est* avant que n'ait été transmise à la DIRECCTE la demande de validation ou d'homologation du projet, saisir l'Administration du travail de toute demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'employeur ou aux mandataires judiciaires, de leur fournir les informations indispensables à l'utilité et l'effectivité de la consultation ou de la négociation, et « *notamment celles qui permettent à l'expert-comptable de mener dans de bonnes conditions sa mission d'analyse et de proposition.* »². Les représentants du personnel peuvent également au cours de la procédure collective saisir l'autorité administrative d'une demande tendant à ce que l'employeur ou le mandataire judiciaire se conforme aux dispositions légales et réglementaires régissant la procédure d'information/consultation. Ainsi, les représentants du personnel peuvent saisir la DIRECCTE si l'employeur refuse de prendre en charge l'intégralité des honoraires de l'expert-comptable³, si un litige sur l'étendue de la mission de l'expert désigné par le CHSCT survient⁴, si l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur inscrit seul à l'ordre du jour les consultations obligatoires sans avoir au préalable tenté de trouver un accord avec le secrétaire du comité avec lequel il doit conjointement l'établir⁵, s'il ne transmet pas les offres de reprise formulées par d'éventuels cessionnaires, s'il ne laisse pas aux représentants du personnel un délai raisonnable pour examiner les informations qui leur ont été délivrées afin de pouvoir utilement se prononcer sur le projet de restructuration et de licenciement, ou encore, par exemple, s'il n'étudie pas sérieusement les suggestions du comité tendant à améliorer le contenu du plan ou ses propositions alternatives au projet de plan de redressement et qu'il n'y apporte pas de réponse motivée, etc. Les modalités de

¹ Dans la mesure où a été reconnu sous l'empire du droit antérieur à la loi de sécurisation de l'emploi le droit pour l'expert de saisir le juge des référés pour obtenir la communication de documents nécessaires à l'exercice de sa mission, il semble envisageable que ce dernier puisse saisir la DIRECCTE d'une demande d'injonction tendant à obtenir les renseignements indispensables à l'exercice de sa mission. Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-26.964, à paraître au Bulletin, JCP S 2014, act. 149, veille L. DAUXERRE.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

³ TA Montreuil, 20 décembre 2013, n° 1309825, préc.

⁴ Art. L. 4614-13, C. trav. ; R. 4616-10, C. trav.

⁵ Art. L. 2325-15, C. trav. ; Cass. soc., 12 juil. 2010, Bull. civ. V, n° 169, préc.

saisine de la DIRECCTE aux fins qu'il soit enjoint à l'employeur de respecter les principes gouvernant la procédure d'information/consultation ne font pas l'objet d'une adaptation particulière en cas de procédure collective. Ainsi, avant de saisir la DIRECCTE d'une demande de complément d'information les représentants du personnel, les syndicats ou l'expert doivent donc avoir au préalable demandé, en vain, à l'employeur ou aux mandataires judiciaires les renseignements requis, puisque l'instruction du 19 juillet 2013 précise que « *la demande d'injonction doit être motivée et explicite[r] précisément la nature des informations demandée[s], les raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas répondu à la demande d'information initiale ainsi que celles pour lesquelles cette information est indispensable pour permettre d'éclairer les auteurs de la demande* »¹. Par ailleurs, qu'elle soit saisie dans le cadre d'une procédure collective ou non, la DIRECCTE dispose d'un délai de cinq jours pour instruire la demande, délai à l'issue duquel en cas de silence de sa part, la demande est considérée comme rejetée. À l'inverse, si elle fait droit à la demande, elle doit alors adresser, par tout moyen permettant de lui donner une date certaine, une lettre d'injonction à l'employeur ou au mandataire judiciaire et répondre à l'auteur de la demande en lui adressant une copie de l'injonction. L'Administration du travail est tenue de préciser dans la lettre d'injonction le délai dans lequel l'employeur ou le mandataire judiciaire doit se conformer à la règle de procédure qu'il a violée, et/ou celui dans lequel il lui appartient de fournir aux représentants du personnel, aux syndicats ou à l'expert-comptable les documents demandés. La lettre d'injonction doit également rappeler à l'employeur ou au mandataire judiciaire qu'il est tenu, avant la fin de la procédure, d'informer la DIRECCTE des suites données à l'injonction qui lui a été faite². Une fois de plus nous ne saurions trop conseiller à l'employeur ou au mandataire judiciaire de suivre à la lettre les injonctions administratives relatives au respect de la procédure d'information/consultation, dans la mesure où les suites données à l'injonction seront immanquablement prises en compte lors de l'instruction de la demande d'homologation/validation. À l'instar des dispositions applicables dans les entreprises *in bonis*, les décisions d'injonction de l'Administration ne sont pas susceptibles de recours immédiat qu'il soit gracieux, hiérarchique ou contentieux. Elles ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui porté devant le juge administratif relatif à la décision d'homologation/validation ou de refus d'homologation/validation³.

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

³ Art. L. 1235-7-1, C. trav.

Si les pouvoirs d'intervention de l'Administration au cours de la procédure sont essentiels non seulement pour garantir l'utilité et l'efficacité de la consultation de représentants du personnel mais également pour que la DIRECCTE puisse assurer sa mission de garant de la qualité du dialogue social et du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, on ne peut que regretter que sous l'empire de la loi de sécurisation de l'emploi ces prérogatives soient paralysées selon le stade de la procédure collective auquel est envisagé le projet de licenciement.

605. *Champ d'application des prérogatives de l'Administration en cours de procédure.* Sous l'empire des dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi¹, la DIRECCTE ne peut user de ces prérogatives que lorsque le grand licenciement collectif est envisagé au cours de la période d'observation, lorsque la liquidation judiciaire a été prononcée, ou lors du maintien provisoire de l'activité de l'entreprise placée en liquidation judiciaire. Si, dans ces hypothèses, la DIRECCTE peut intervenir à tout moment pour faire des propositions tendant à améliorer le plan de sauvegarde de l'emploi, ou des observations relatives au déroulement de la procédure d'information/consultation du comité, voire être saisie d'une demande d'injonction ; en revanche, lorsque le grand licenciement collectif est envisagé dans le cadre d'un projet de plan de redressement ou de cession soumis aux dispositions de la loi du 14 juin 2013², l'Administration ne peut pas intervenir tant que le plan de redressement ou de cession n'a pas été arrêté par le tribunal de la procédure. Cette paralysie des prérogatives de l'Administration tant que le plan n'est pas arrêté est éminemment critiquable. En effet, dans la mesure où rien n'interdit (l'instruction du 19 juillet 2013 l'envisage même) aux mandataires judiciaires de commencer, voire d'achever l'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet de grand licenciement collectif avant que le tribunal n'ait statué sur le sort de l'entreprise³, l'Administration pourrait être totalement écartée du processus d'élaboration du projet de licenciement et du plan de sauvegarde de l'emploi. Or, non seulement son pouvoir d'injonction, de propositions et d'observations sur le déroulement de la procédure et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi permettent à la DIRECCTE d'exécuter sa mission consistant à veiller à la qualité du

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² C'est-à-dire qu'il s'agit d'un projet de licenciement ayant donné lieu à la convocation du comité pour sa première réunion sur le projet de licenciement collectif à compter du 1^{er} juillet 2013 à condition que le jugement d'ouverture de la procédure collective à laquelle est soumise l'entreprise soit pour sa part antérieur au 1^{er} juillet 2014.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

dialogue social et des mesures d'accompagnement, mais de surcroît ces prérogatives sont censées lui permettre de préparer sa décision finale d'homologation/validation qu'elle doit rendre dans un délai extrêmement bref en cas de procédure collective. De surcroît, dans la mesure où depuis l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, les représentants du personnel et/ou les syndicats ne peuvent plus saisir le juge des référés pour qu'il suspende la procédure d'information/consultation tant que l'employeur ou les mandataires judiciaires ne se conforment pas aux dispositions légales indispensables à l'utilité de la consultation des représentants du personnel, paralyser le pouvoir d'injonction de la DIRECCTE les prive de tout recours tendant à assurer le respect de la procédure d'information/consultation. En outre, alors même que la loi du 14 juin 2013 a pour objectif de sécuriser les procédures de grand licenciement collectif en offrant à l'Administration du travail la faculté de souligner, en cours de procédure, toute atteinte au respect de cette dernière ou à l'exigence d'un plan de sauvegarde de l'emploi suffisant en termes de reclassement interne et externe, afin d'éviter autant que possible les décisions de refus d'homologation/validation, priver l'Administration de ses facultés d'intervention en cours de procédure, tant que le plan de redressement/cession n'est pas arrêté, multiplie le risque de décisions finales de refus retardant ainsi le prononcé des ruptures alors même que la situation de l'entreprise est, par définition, critique et exige une certaine célérité dans la mise en œuvre de la restructuration.

C'est pourquoi il est essentiel à notre sens qu'en présence d'un projet de licenciement envisagé dans un plan de redressement et/ou de cession soumis aux dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi, la consultation du comité sur le projet de licenciement ait lieu après que le tribunal a arrêté le plan.

Les inconvénients de la paralysie des pouvoirs administratifs d'injonction, de proposition et d'observation tant que le plan de redressement et/ou de cession n'a pas été arrêté par le tribunal de la procédure, n'ont pas échappé au Gouvernement qui y a mis fin dans l'ordonnance du 12 mars 2014¹. En effet, lorsqu'un projet de grand licenciement collectif est envisagé dans une entreprise de cinquante salariés au moins soumise à une procédure collective ouverte à compter du 1^{er} juillet 2014, l'Administration peut user de ses pouvoirs d'injonction, de proposition et d'observation sur le déroulement de la procédure et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi dès les premiers balbutiements de la procédure, jusqu'à la demande d'homologation/validation, et ce quel que soit le cadre de la procédure collective dans lequel est envisagée la compression d'effectif. On ne peut qu'approuver le fait que cette

¹ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc.

ordonnance permette à l'Administration d'user de l'ensemble de ses prérogatives en cours de procédure de grand licenciement collectif quel que soit le stade de la procédure collective au cours duquel les ruptures sont envisagées, en ce que la DIRECCTE peut ainsi préparer sa décision finale d'homologation/validation, et surtout contribuer à la sécurisation de la procédure en indiquant à l'employeur ou aux mandataires judiciaires au cours de l'élaboration du projet les « corrections » qu'ils doivent y apporter à peine d'irrégularité, afin d'éviter une décision finale de refus paralysant la mise en œuvre des ruptures.

B - L'indispensable validation/homologation administrative du projet de licenciement conditionnant la régularité des ruptures.

A l'instar du droit applicable dans les entreprises *in bonis*, les licenciements pour motif économique prévus dans le cadre d'un grand projet de licenciement collectif envisagé dans une entreprise de cinquante salariés au moins soumise à une procédure collective, ne peuvent être prononcés qu'une fois le projet validé/homologué par la DIRECCTE. Toutefois, afin de tenir compte de l'exigence de célérité induite par la situation critique de l'entreprise et la nécessité de respecter les délais indispensables à la couverture par l'AGS des créances résultant des ruptures, le délai d'instruction des demandes d'homologation/validation est réduit en cas de procédure collective (1). Par ailleurs, si les effets de la décision d'homologation/validation ou de refus d'homologation/validation du projet sont à quelques détails près identiques, la sanction des ruptures prononcées en violation d'un refus d'homologation/validation du projet de licenciement collectif n'est pas la nullité des ruptures comme dans les entreprises *in bonis*, mais leur irrégularité (2).

1 - Le contrôle administratif à l'issue de la procédure d'élaboration du projet de licenciement collectif.

606. Transmission de la demande d'homologation/validation du projet de licenciement collectif. Au terme de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur doit saisir l'Administration du travail d'une demande de validation/homologation du projet de licenciement. Lorsque le

projet de grand licenciement collectif est envisagé au cours de la période d'observation ou du maintien provisoire de l'activité en cas de liquidation judiciaire, la demande d'homologation/validation doit être transmise à la DIRECCTE avant que le juge-commissaire ne soit saisi pour autoriser les licenciements. En effet, la décision de validation/homologation administrative du projet de licenciement doit être transmise au juge-commissaire lors de sa saisine¹. Dans les autres hypothèses, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur doit transmettre la demande de validation/homologation du projet de licenciement une fois rendu le jugement statuant sur le sort de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un jugement arrêtant un plan de continuation et/ou de cession, ou d'un jugement prononçant la liquidation de l'entreprise, le cas échéant au terme de la période de maintien de provisoire de l'activité autorisé par le tribunal de la procédure.

À l'instar du droit applicable dans les entreprises *in bonis*, pour être complet le dossier de demande d'homologation/validation du projet de licenciement collectif doit comporter l'ensemble des pièces visées à l'article D. 1233-14-1 du Code du travail. Doivent ainsi être transmis à la DIRECCTE l'accord majoritaire total ou partiel et/ou le document unilatéral élaboré à l'issue de la consultation du comité d'entreprise traitant de l'ensemble du projet en l'absence d'accord ou, le cas échéant, des points non traités par l'accord partiel. L'employeur, l'administrateur ou le liquidateur doit donc communiquer à la DIRECCTE le plan de sauvegarde de l'emploi, les informations relatives aux modalités de mise en œuvre du projet de licenciement : critères de l'ordre des licenciements, éventuelle pondération et/ou adaptation de leur champ d'application, nombre de suppressions d'emploi et catégories professionnelles concernées, calendrier des licenciements, condition de mise en place des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement, etc. Par ailleurs, doivent être portées à la connaissance de l'autorité administrative les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise et notamment le nombre et les dates des réunions du comité, ou le cas échéant des comités d'établissement et du comité central d'entreprise, ainsi que les renseignements relatifs à l'éventuelle désignation d'un expert-comptable².

Il est essentiel que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur mentionne la date de la dernière réunion du comité d'entreprise puisque dans la plupart des cas, c'est à compter de cette ultime réunion, et non de la réception du dossier, que court le délai dans lequel le DIRECCTE doit rendre sa décision d'homologation/validation du projet ou de refus.

¹ Art. L. 631-17, C. com.

² Sur l'ensemble des renseignements à transmettre à l'autorité administrative pour que le dossier soit complet voir nos développements.

607. Délai accordé à l'Administration pour statuer sur la demande d'homologation/validation du projet. Eu égard à la situation critique de l'entreprise placée en redressement ou liquidation judiciaire et à la nécessité de prononcer les licenciements dans les délais assurant la couverture par l'AGS des créances liées aux ruptures, les délais dans lesquels la DIRECCTE doit statuer sur la demande d'homologation/validation sont réduits dans les entreprises soumises à une procédure collective. À la différence des entreprises *in bonis*, peu importe que le projet de licenciement collectif soit arrêté dans le cadre d'un accord majoritaire ou d'un document unilatéral établi à l'issue de la consultation du comité d'entreprise, c'est la procédure à laquelle est soumise l'entreprise qui détermine le délai accordé à l'Administration du travail pour instruire la demande d'homologation/validation. Ainsi, en application de l'article L. 1233-58 du Code du travail, la DIRECCTE dispose de huit jours pour statuer sur la demande d'homologation/validation du projet de licenciement collectif lorsque l'entreprise est placée en redressement judiciaire ou lorsque le projet de licenciement est inclus dans un plan de sauvegarde ou de cession adopté au cours d'une procédure de sauvegarde, contre seulement quatre jours dans le cadre d'une procédure de liquidation¹ ; délais à l'expiration desquels le silence de l'autorité administrative vaut validation ou homologation du projet. Le point de départ du délai de quatre ou huit jours accordé à l'Administration du travail pour homologuer/valider le projet varie non seulement selon que la procédure est ou non soumise aux dispositions, relativement floues, de l'ordonnance du 12 mars 2014, mais également selon la phase de la procédure au cours de laquelle le grand licenciement collectif est envisagé.

608. En effet, sous l'empire de la loi de sécurisation de l'emploi, seul l'article L. 1233-58 du Code du travail, à l'exclusion des articles du Code de commerce, visait le point de départ du délai accordé à la DIRECCTE pour statuer sur la demande d'homologation/validation, délai de quatre ou huit jours courant « *à compter de la dernière*

¹ Pour mémoire, et alors même que le droit commun du licenciement pour motif économique et notamment le droit du licenciement collectif s'applique aux entreprises placées en sauvegarde de judiciaire, le délai accordé à la DIRECCTE pour statuer sur un projet de licenciement collectif arrêté dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou d'un plan de cession arrêté dans le cadre d'une procédure de sauvegarde est réduit à huit jours en lieu et place des délais de quinze ou vingt-et-un jours accordés en cas de projet de licenciement élaboré dans une entreprise *in bonis* (art. L. 1233-58, III, C. trav.). Si rien ne semble justifier cette différence de traitement dans la mesure où l'entreprise placée en sauvegarde judiciaire n'est par définition pas en cessation des paiements le législateur de 2013 a décidé, à notre sens sans motif légitime, de réduire le délai d'instruction des demandes de validation/homologation en cas de projet de grand licenciement collectif arrêté dans un plan de cession ou de sauvegarde, ce qui n'est pas sans créer un risque d'instrumentalisation de cette procédure aux fins de gagner du temps.

réunion du comité d'entreprise ». Il est donc essentiel que soit précisée la date de la dernière réunion du comité d'entreprise dans le dossier de demande de validation/homologation. Si la loi de sécurisation de l'emploi fixe le point de départ du délai d'instruction administrative du projet de licenciement, elle ne souffle mot en revanche du moment où l'employeur ou les mandataires judiciaires sont tenus de transmettre la demande d'homologation/validation... Ainsi, plus l'employeur ou les mandataires tardent à transmettre la demande d'homologation/validation, plus le délai accordé à la DIRECCTE pour instruire la demande est réduit. Certes, l'instruction du 19 juillet 2013 prévoit pour sa part qu' « *Au plus tard au lendemain de la dernière réunion du comité d'entreprise, l'employeur ou l'administrateur [ou le liquidateur] transmet sans délai la demande de validation ou d'homologation au DIRECCTE. La demande mentionne la date de la dernière réunion du comité d'entreprise.* »¹. Ainsi, si l'employeur ou les mandataires judiciaires transmettent la demande d'homologation/validation à la DIRECCTE le lendemain de la dernière réunion, le délai pour instruire cette demande est en pratique réduit à trois jours en cas de liquidation et à sept en cas de redressement. Toutefois, l'instruction du 19 juillet 2013 étant dépourvue de portée normative, elle ne crée pas aucune obligation à l'égard de l'employeur et des mandataires judiciaires qui pourraient ainsi envoyer la demande d'homologation plus tard... De surcroît, à la différence des entreprises *in bonis* peu importe que le dossier soit complet ou non, le délai d'instruction commence à courir. Toutefois, il semble vraisemblable que si la demande d'homologation/validation est envoyée trop tardivement à la DIRECCTE ou que le dossier n'est pas complet l'Administration du travail adressera un refus d'homologation/validation du projet motivé par l'incapacité dans laquelle elle se trouve de rendre une décision du fait de la brièveté du délai qui lui reste pour instruire le dossier, ou de l'absence de l'ensemble des renseignements requis pour qu'elle puisse valablement statuer sur la demande, ce qui ne fera que retarder la faculté de prononcer les ruptures.

Par ailleurs, faire courir le délai à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise peut s'avérer problématique lorsque l'ensemble de la procédure d'information/consultation du comité a été menée en amont de l'audience précédant l'adoption du plan de continuation et/ou de cession, en ce que la DIRECCTE pourrait être contrainte de se prononcer avant même que le tribunal n'ait arrêté le plan et que soient connus le nombre de ruptures autorisées et les catégories professionnelles concernées², et alors même

¹ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

² Hypothèse envisagée par l'instruction du 19 juillet 2013. Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

que ses pouvoirs d'injonction, d'observations et de propositions relatives à la procédure et aux mesures sociales d'accompagnement sont paralysés tant que le plan n'est pas arrêté... Là encore, il semble que si une telle hypothèse devait se présenter, faute de pouvoir réellement se prononcer sur le projet de licenciement collectif, le DIRECCTE devrait rendre une décision de refus. Les inconvénients induits par la fixation du point de départ du délai d'instruction des demandes d'homologation/validation à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise n'ont pas échappé aux rédacteurs de l'ordonnance du 12 mars 2014.

609. Cette dernière a ainsi essayé, on ne peut plus maladroitement, de modifier le point de départ du délai de quatre ou huit jours accordé à la DIRECCTE pour se prononcer sur le projet de licenciement lorsque celui est envisagé dans le cadre d'un plan de continuation et/ou de cession, essai qui devra être transformé par la loi de ratification afin de corriger les lacunes de l'ordonnance. En effet désormais, l'article L. 631-19 du Code de commerce relatif à l'adoption d'un plan de continuation dispose que « *Le délai de huit jours mentionné au II [de l'article L. 1233-58 du Code du travail] court à compter de la date de la réception de la demande qui est postérieure au jugement arrêtant le plan* », quant à l'article L. 642-5 du Code de commerce relatif au plan de cession il prévoit que « *Le délai de quatre jours mentionné au II [de l'article L. 1233-58 du Code du travail] court à compter de la date de la réception de la demande, qui est postérieure au jugement arrêtant le plan.* ». Si l'ordonnance a modifié les articles L. 631-19 et L. 642-5 du Code de commerce s'agissant du point de départ du délai d'instruction de la demande de validation/homologation en cas de projet de grand licenciement collectif prévu dans un plan de redressement et/ou de cession, elle n'a en revanche pas modifié l'article L. 1233-58 du Code du travail qui continue à viser la dernière réunion du comité d'entreprise comme point de départ du délai de huit ou quatre jours accordés à l'autorité administrative pour instruire la demande d'homologation/validation, ce qui n'est pas sans soulever certaines difficultés. En effet, alors qu'un plan de cession peut être adopté dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation, l'article L. 642-5 du Code de commerce prévoit seulement que le délai de quatre jours (applicable uniquement en cas de liquidation) court à compter de la réception du dossier, sans viser le délai de huit jours. Cela signifie que lorsqu'un plan de cession est adopté dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement le point de départ du délai de huit jours n'est pas la réception du dossier par la DIRECCTE mais la dernière réunion du comité d'entreprise... Ainsi, en l'état actuel des textes le point de départ

du délai d'instruction de la demande de validation/homologation du projet de licenciement court à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise lorsque le projet est prévu au cours de la période d'observation, au cours de la période de maintien provisoire de l'activité d'une entreprise placée en liquidation, ou dans le cadre d'un plan de cession adopté au cours d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. En revanche, le point de départ du délai d'instruction de la demande d'homologation/validation du projet de licenciement collectif court pour sa part à compter de la réception du dossier par la DIRECCTE lorsque le projet de grand licenciement collectif est prévu par un plan de cession arrêté dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire.

Tout cela manque cruellement de lisibilité pour les justiciables. D'une part, rien ne semble justifier que le délai d'instruction commence à courir à des dates différentes selon que le projet de licenciement est prévu dans un plan de cession arrêté dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de redressement et de sauvegarde. D'autre part et surtout, dans l'hypothèse, qui n'est pas un cas d'école loin s'en faut, où le tribunal arrêterait un plan de continuation assorti d'un plan de cession, le point de départ du délai d'instruction est censé courir à compter de la réception du dossier s'agissant du projet de licenciement prévu par le plan de continuation et à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise pour ce qui concerne les ruptures envisagées dans le plan de cession... Il semble ainsi impératif que la loi de ratification de l'ordonnance, modifie l'article L. 642-5 du Code de commerce, alinéa 5, qui pourrait être réécrit comme suit « Les délais de quatre et huit jours mentionnés au II de l'article L. 1233-58 du Code du travail ainsi que celui de huit jours mentionné au III de cet article courent à compter de la date de la réception de la demande, qui est postérieure au jugement arrêtant le plan. ».

Par ailleurs, dans la mesure où, à notre sens, fixer le point de départ du délai de quatre ou huit jours laissé à l'Administration pour instruire la demande à la date de la dernière réunion du comité présente de nombreux inconvénients, il semblerait judicieux que la loi de ratification modifie également l'article L. 1233-58 du Code du travail afin que, quel que soit le cadre de la procédure collective dans lequel est envisagé le projet de licenciement (période d'observation, liquidation sèche de l'entreprise, maintien provisoire de l'activité, adoption d'un plan de continuation et/ou de cession), le délai de quatre ou huit jours ne courre qu'à compter de la réception par la DIRECCTE du dossier complet. Une telle modification permettra ainsi que l'Administration du travail dispose réellement de quatre ou huit jours

« pleins », ce qui est déjà extrêmement bref, pour instruire la demande d'homologation/validation.

610. Contrôle administratif *a priori* du projet de licenciement collectif. L'objet du contrôle administratif *a priori* du projet de licenciement collectif est identique, qu'il soit envisagé dans le cadre d'une entreprise *in bonis* ou d'une entreprise soumise à une procédure collective. La DIRECCTE doit ainsi s'assurer de la conformité aux exigences légales du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, de la légalité des conditions de mise en œuvre des ruptures, ainsi que du respect par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel. Toutefois, à la différence des entreprises *in bonis*, le délai accordé à l'autorité administrative pour s'assurer de la conformité du projet de licenciement collectif est identique que celui-ci soit ou non l'objet d'un accord majoritaire. En toute hypothèse, elle dispose de huit jours lorsque le projet de licenciement est prévu dans le cadre d'une procédure de redressement ou d'un plan de sauvegarde ou de cession arrêté au cours d'une procédure de sauvegarde, contre quatre jours en cas de liquidation judiciaire.

611. Concernant le contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, à l'instar du contrôle opéré dans les entreprises *in bonis*, la DIRECCTE effectuera un contrôle plus restreint lorsque le plan est l'objet d'un accord majoritaire que lorsque ce dernier a été établi unilatéralement par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur à l'issue de la consultation du comité d'entreprise. Ainsi, si le plan a été adopté dans le cadre d'un accord majoritaire, elle doit vérifier que ce dernier comporte bien des mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et à favoriser le reclassement des salariés dont le licenciement est inéluctable¹. En revanche, elle n'a pas à contrôler la proportionnalité des mesures de reclassement au regard des moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe. De surcroît, l'extrême brièveté du délai accordé à l'autorité administrative dans la cadre d'une procédure collective pour s'assurer de la pertinence du contenu du plan ne devrait pas lui permettre de se livrer à un contrôle approfondi du plan de reclassement jouissant d'une certaine légitimité du fait du caractère majoritaire de l'accord collectif (caractère majoritaire qu'elle doit impérativement vérifier). Si l'instruction du 19 juillet 2013 accorde une « présomption de

¹ Art. L. 1233-61, C. trav.

légalité » au plan de sauvegarde de l'emploi adopté par accord majoritaire¹, il n'en reste pas moins qu'elle insiste sur la nécessité que soit assuré « *un certain équilibre entre les mesures indemnitaires et les mesures d'accompagnement sociales.* »².

En revanche lorsque le plan a été établi unilatéralement par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur à l'issue de la consultation du comité, la DIRECCTE doit se livrer à un contrôle plus approfondi et notamment effectuer, à l'instar des plans adoptés dans les entreprises *in bonis*, un double contrôle de proportionnalité. En effet, il lui appartient de vérifier, d'une part, que les mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et à favoriser le reclassement des salariés dont le licenciement est inéluctable, sont proportionnées au regard de l'ampleur du projet de licenciement³. C'est à cette occasion qu'elle s'assure que le plan élaboré unilatéralement contient des mesures précises et concrètes tendant à réellement favoriser le reclassement tant interne qu'externe des salariés. Elle doit ainsi vérifier qu'il comporte de réels engagements de l'employeur et non de simples mesures vagues ou aléatoires. À défaut, elle devrait refuser d'homologuer le plan.

D'autre part et surtout, la DIRECCTE doit s'assurer que les mesures contenues dans le plan sont proportionnées aux moyens dont dispose l'entreprise, par définition limités eu égard à sa situation critique, l'unité économique et sociale ou le groupe⁴. Cependant eu égard au délai extrêmement bref dans lequel l'Administration doit effectuer le contrôle du contenu du plan, il semble difficile qu'elle puisse réellement se livrer à tel contrôle en quatre ou huit jours. C'est pourquoi, il est essentiel qu'elle soit associée le plus tôt possible dans l'élaboration du projet en usant de son pouvoir de suggestion quant aux mesures d'accompagnement envisagées. De ce point de vue, on ne peut regretter une fois encore que ses pouvoirs d'intervention au cours de la procédure soient paralysés tant que le plan de redressement et/ou de cession n'a pas été arrêté par le tribunal lorsque le projet de licenciement est soumis aux dispositions de la loi de sécurisation de l'emploi.

¹ L'instruction précise en effet que la conclusion d'un accord majoritaire sur le plan « *traduit un équilibre dont il convient de tenir compte et qui doit conduire la DIRECCTE à présumer que le contenu du PSE est conforme aux exigences légales* (proportionnalité aux moyens et à la taille de l'entreprise et du groupe auquel l'entreprise appartient, diversité et adéquation des mesures d'accompagnement social, effort d'adaptation....) en vue d'assurer le reclassement des salariés, tant en interne qu'en externe. ». Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

³ Art. L. 1233-57-3, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-57-3, C. trav. ; Pour des développements plus approfondis sur le contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

612. La DIRECCTE doit aussi s'assurer de la légalité des modalités de mise en œuvre des licenciements prévues par l'accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi et/ou par le document unilatéral. Si un accord majoritaire relatif non seulement au plan de sauvegarde de l'emploi mais également à l'ensemble des modalités de mise en œuvre des licenciements a été conclu, la DIRECCTE doit s'assurer que cet accord a bien été signé par des syndicats ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles en faveur des organisations représentatives¹. Il lui appartient également de vérifier que l'accord respecte les règles d'ordre public auxquelles l'article L. 1233-24-3 du Code du travail lui interdit de déroger, qu'il s'agisse des principes généraux gouvernant l'information/consultation des représentants du personnel, ou de la procédure de consultation du comité, allégée en cas de procédure collective, de l'obligation d'adaptation et de reclassement de l'employeur, de l'obligation de proposer un contrat de sécurisation professionnelle, etc.

Qu'ils soient fixés dans le cadre d'un accord majoritaire ou d'un document unilatéral, l'Administration du travail doit s'assurer que sont définis les critères d'ordre des licenciements et leurs conditions d'application (éventuelle pondération ou adaptation de leur périmètre d'application), le nombre de suppressions d'emploi projetées et les catégories professionnelles concernées en s'assurant que la manière dont ces modalités ont été définies est objective et ne permet pas un « ciblage » des salariés, et notamment que les critères et leurs modalités d'application ne présentent aucun caractère directement ou indirectement discriminatoire. De même, elle doit contrôler que les conditions de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues par l'accord ou le document unilatéral sont conformes aux exigences légales, et notamment qu'est prévu le bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle pour les salariés menacés de licenciement².

613. Enfin, il appartient à l'autorité administrative de s'assurer que la procédure d'information/consultation des représentants du personnel a été menée conformément aux dispositions légales et réglementaires. Pour mémoire, la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise, spécialement adaptée par la loi en cas de procédure collective, ne peut faire l'objet d'un aménagement conventionnel que ce soit dans le cadre d'un accord de

¹ Art. L. 1233-57-2, 1°, C. trav. ; Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

² Art. L. 1233-65 et s., C. trav.

méthode ou d'un accord majoritaire portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi¹. Il appartient donc à la DIRECCTE de s'assurer que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur a respecté les règles gouvernant la procédure d'information/consultation des représentants du personnel. L'autorité administrative doit ainsi vérifier que l'ensemble des informations nécessaires à l'utilité et à l'effectivité du contrôle du projet par les représentants du personnel leur a bien été transmis. Elle doit également contrôler que le comité d'entreprise² a (ont) bien été informé(s) et consulté(s) au titre de la Partie II du Code du travail sur le projet de restructuration en application des articles L. 2323-15 et L. 2323-44 dudit code, mais également sur le projet de licenciement collectif en application de la Partie I du Code du travail, à l'exclusion des points éventuellement traités dans le cadre d'un accord majoritaire portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi. Toutefois, en présence d'un accord majoritaire total ou partiel, l'Administration est tenue de contrôler que le comité a bien été consulté sur le projet d'accord au plus tard avant sa signature³. Si elle a été saisie au cours de la procédure d'une demande d'injonction relative à la communication d'informations ou au respect d'une règle de procédure⁴, l'autorité administrative prendra en considération les suites données par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur à l'éventuelle injonction qu'elle lui aura adressée. En outre, elle devrait être amenée à contrôler que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur a sérieusement étudié et apporté des réponses motivées aux suggestions des représentants du personnel relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, ainsi qu'à leurs propositions alternatives au projet de restructuration.

Par ailleurs, l'Administration est appelée à vérifier que les avis du CHSCT, s'ils ont été rendus à temps, ont bien été transmis au comité d'entreprise afin que celui-ci ait pu se prononcer sur le projet de licenciement collectif pris dans sa globalité. Il lui appartient également de s'assurer que l'employeur a bien consulté le(s) CHSCT⁵.

Afin d'éviter que l'absence irrégulière de représentants du personnel ne fasse obstacle à la possible homologation/validation du projet de licenciement, l'ordonnance du 12 mars 2014 est venue modifier l'article L. 1233-58 du Code du travail qui précise désormais qu'« *À titre exceptionnel, au vu des circonstances et des motifs justifiant le défaut d'établissement du*

¹ Les articles L. 1233-2 3, 3° et L. 1233-24-3, 5°, du Code du travail disposent respectivement que les accords de méthode et les accords majoritaires portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi ne peuvent déroger « *aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, prévues à l'article L. 1233-58* », du Code du travail.

² Ou le cas échéant le comité central et le(s) comité(s) d'établissement.

³ Cass. soc., 5 mai 1998, *EDF*, préc.

⁴ Art. L. 1233-57-5, C. trav.

⁵ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

*procès-verbal de carence mentionné à l'article L. 2324-8, l'autorité administrative peut prendre une décision d'homologation. »*¹. On ne peut que regretter le laconisme et le caractère pour le moins flou de la référence aux circonstances et motifs justifiant l'absence de procès-verbal de carence conditionnant « *à titre exceptionnel* » l'homologation d'un projet de licenciement collectif établi dans une entreprise irrégulièrement dépourvue de représentants du personnel. À ce titre, le rapport remis au Président de la République sur l'ordonnance du 12 mars 2014 indique que « *Sont prises en compte les contraintes imposées par la procédure administrative et la nécessité de respecter ces contraintes dans le cadre de la garantie de l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS).* »², ce qui à notre sens revient à réduire quasiment à néant le caractère « *exceptionnel* » de l'homologation en l'absence de procès-verbal de carence de représentants du personnel. En effet, dès lors que la DIRECCTE doit prendre en compte la nécessité de respecter les délais AGS, on voit difficilement dans quelles circonstances elle pourrait refuser d'homologuer un projet de licenciement collectif en l'absence irrégulière de représentants du personnel... Par ailleurs, dans la mesure où la faculté d'homologuer « *exceptionnellement* » les projets de licenciement collectif établis en l'absence de représentants du personnel constatée dans un procès verbal de carence, n'est applicable qu'aux seuls projets soumis aux dispositions de l'ordonnance du 12 mars 2014, est-ce qu'*a contrario* les projets relevant de la loi de sécurisation de l'emploi ne pourront pas quant à eux être homologués lorsqu'aucun constat de carence n'aura été établi paralysant par là-même les licenciements ?

Eu égard aux enjeux en cause, qu'il s'agisse d'assurer le redressement de l'entreprise qui implique la mise en œuvre rapide de la restructuration et de la compression d'effectif, ou de respecter les délais pour que l'AGS prenne en charge les créances nées des ruptures, il semble envisageable qu'en l'absence de constat de carence des représentants du personnel, rendant la procédure irrégulière, la DIRECCTE homologuera tout de même les projets de licenciement soumis à la loi de sécurisation de l'emploi. Il convient toutefois d'attendre une prise de position de l'Administration du travail en ce sens. En tout état de cause, il semble que pour les projets antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014, si la DIRECCTE homologue le projet de licenciement élaboré en l'absence de procès-verbal de carence de représentants du personnel, la procédure d'information/consultation étant par essence irrégulière, les salariés licenciés dans le cadre de ce projet pourront saisir le tribunal

¹ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc.

² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, préc.

administratif d'une demande d'annulation de la décision administrative autorisant leur licenciement. Les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté pourront également prétendre au versement d'une indemnité réparant leur préjudice sur le fondement de l'article L. 1235-12 du Code du travail.

614. Notification de la décision. La DIRECCTE doit notifier à l'employeur, l'administrateur ou au liquidateur sa décision de validation/homologation ou de refus de validation/homologation dans un délai de quatre ou huit jours selon que l'entreprise est placée en liquidation judiciaire, en redressement ou que le projet de licenciement est adopté dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de cession arrêté dans une procédure de sauvegarde, délai courant à compter soit de la réception de la demande de validation/homologation si le projet de licenciement est prévu dans le cadre d'un plan de continuation et/ou de cession soumis aux dispositions de l'ordonnance du 12 mars 2014¹, soit de la dernière réunion du comité d'entreprise dans les autres hypothèses. La décision, qui doit être motivée, doit également être notifiée dans les mêmes délais, au comité d'entreprise et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires. Le silence gardé par l'autorité administrative pendant les délais susvisés vaut décision d'acceptation de validation ou d'homologation². Si l'article L. 1233-58 du Code du travail ne renvoie pas au dernier alinéa de l'article L. 1233-57-4 du même code relatif à l'obligation patronale de porter à la connaissance des salariés la décision administrative de validation/homologation ou de refus d'homologation/validation du projet et les délais et voies de recours à l'encontre de cette décision, il semble toutefois que l'employeur devra informer les salariée par voie d'affichage ou tout autre moyen conférant une date certaine à cette information. Il est en effet essentiel que toutes les parties intéressées, et particulièrement les salariés, soient informées de la décision rendue par la DIRECCTE, dont les effets sont extrêmement importants en ce que, soit elle autorise la notification des licenciements envisagés, soit elle la paralyse à peine d'irrégularité des ruptures.

¹ Ordon. n° 2014-326, du 12 mars 2014, préc.

² Art. L. 1233-57-4, C. trav.

2 - L'effet de la décision administrative de validation/homologation ou de refus d'homologation/validation du projet de licenciement collectif.

615. Effet de la décision expresse ou tacite d'homologation ou de validation du projet. Si l'Administration adresse dans le délai de quatre ou huit jours une décision motivée d'homologation ou de validation du projet ou qu'elle garde le silence à l'issue de ces délais, validant/homologuant ainsi tacitement le projet de licenciement, celui-ci peut être mis en œuvre par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, sous réserve d'avoir obtenu l'autorisation judiciaire de licencier dans le cadre d'une ordonnance du juge-commissaire ou d'un jugement du tribunal de la procédure¹. Ainsi, une fois obtenues les décisions judiciaires et administratives conditionnant la régularité des ruptures, le plan de sauvegarde de l'emploi pourra être mis en œuvre. Les critères de l'ordre des licenciements pourront être appliqués dans le périmètre défini par l'accord ou le document unilatéral², en tenant compte de leur éventuelle pondération dans le projet de licenciement collectif. Une fois les critères de l'ordre des licenciements appliqués, les salariés désignés pourront être licenciés par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur qui devra leur proposer le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle³, à l'exclusion d'un congé de reclassement ou de mobilité qui ne s'appliquent que dans les entreprises *in bonis*.

Pour mémoire, en cas de procédure collective, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, qu'il y ait ou non des représentants du personnel dans l'entreprise, n'a pas à respecter la procédure individuelle de licenciement⁴. Sans entretien préalable obligatoire, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur peut notifier par lettre recommandée avec avis de réception leur licenciement aux salariés désignés par l'ordre des licenciements en visant l'ordonnance du juge-commissaire, le jugement de liquidation ou celui arrêtant le plan de continuation et/ou de cession en précisant dans cette hypothèse que le jugement autorise les licenciements. La lettre devra de surcroît indiquer la faculté de bénéficier d'un contrat de

¹ Ainsi, une fois la validation/homologation administrative obtenue, au cours de la période d'observation ou de maintien provisoire de l'activité dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur devra obtenir une ordonnance du juge-commissaire l'autorisant à prononcer les licenciements jugés urgents, inévitables et indispensables (art. L. 631-17 C. com et L. 641-10 C. com.). De même, il faudra que le tribunal ait prononcé la liquidation judiciaire sèche de l'entreprise, qu'il ait arrêté un plan de continuation et/ou de cession en sus de l'homologation/validation pour que les ruptures puissent être prononcées (art. L. 631-19, L. 641-4, L. 642-5 C. com.).

² Si la faculté d'adapter unilatéralement le champ d'application des critères est bien confirmée.

³ Art. L. 1233-65 et s., C. trav.

⁴ Art. L. 1233-38, C. trav.

sécurisation professionnelle, ainsi que le droit à la priorité de réembauche, même en cas de liquidation sèche de l'entreprise¹.

À l'inverse en cas de refus d'homologation ou de validation du projet par la DIRECCTE, le prononcé des licenciements est paralysé.

616. Effet du refus d'homologation ou de validation du projet. Si l'Administration adresse à l'employeur dans le délai de quatre ou huit jours, selon le cas, une décision motivée de refus de validation de l'accord majoritaire ou de refus d'homologation du document unilatéral l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur ne peut, à peine d'irrégularité des ruptures, prononcer les licenciements².

617. Reprise du projet de licenciement et soumission d'une nouvelle demande d'homologation/validation. Lorsque la DIRECCTE rend une décision de refus de validation/homologation, il appartient à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur soit de rouvrir une négociation afin de conclure un nouvel accord majoritaire tenant compte des motifs pour lesquels le précédent n'a pas été validé, soit d'établir un nouveau document unilatéral modifié selon les observations de l'Administration qui l'ont conduite à refuser d'homologuer le document initial³.

Une fois la demande d'homologation ou de validation rejetée par la DIRECCTE, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur dispose de nouveau de la faculté de choisir de recourir à la voie unilatérale ou négociée pour amender son projet de licenciement collectif. Le fait qu'il ait en premier lieu soumis une demande de validation d'un accord majoritaire, ne l'oblige en rien, une fois la validation rejetée, à rouvrir une négociation. Il peut décider de passer par la voie unilatérale et établir un document reprenant les points de l'accord approuvés par la DIRECCTE et complété en fonction des motifs ayant fondé le rejet de la demande de validation, et *vice versa*. Toutefois, eu égard à la nécessité de prononcer les licenciements dans le respect des délais assurant la couverture AGS, il semble probable que la voie unilatérale sera le plus souvent choisie pour remanier le projet de grand licenciement collectif. En tout état de cause, une fois sa première demande de validation ou d'homologation rejetée par la DIRECCTE, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur devra consulter à nouveau le comité d'entreprise, et ce qu'il ait décidé de conclure un nouvel

¹ Art. L. 1233-45, C. trav.

² Art. L. 1233-58, C. trav.

³ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

accord ou d'élaborer un document unilatéral amendé en fonction des motifs de rejet de la première demande¹. L'article L. 1233-58 du Code du travail enjoint en effet à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur de consulter le comité d'entreprise dans un délai de trois jours qui, comme le précise l'instruction du 19 juillet 2013, court à compter de la notification de la décision de refus d'homologation/validation du projet à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur². Eu égard à la brièveté du délai dans lequel le comité doit être consulté sur le projet modifié ou en cours de modification, l'instruction du 19 juillet 2013 conseille aux employeurs, administrateurs ou liquidateurs « *de procéder à la convocation du comité d'entreprise avant même que la décision administrative ne soit connue, afin d'en expliciter les suites données au projet de licenciement. Ainsi, dans l'éventualité où la décision du DIRECCTE serait une décision de refus, le comité d'entreprise pourrait se prononcer très rapidement sur le projet modifié.* »³. En tout état de cause, le comité devra être donc invité à se prononcer sur le remaniement du projet envisagé par l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur dans les trois jours suivant la notification de la décision de refus d'homologation/validation⁴.

Une fois son projet modifié en tenant compte des raisons pour lesquelles l'Administration a rejeté sa première demande de validation ou d'homologation, et après avoir consulté de nouveau le comité d'entreprise sur le nouveau projet d'accord majoritaire ou de document unilatéral, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur devra adresser une nouvelle demande de validation ou d'homologation du projet, en transmettant à la DIRECCTE l'accord ou le document unilatéral modifié ainsi que l'avis du comité sur le projet remanié. Toutefois, si le comité a refusé de rendre un avis, il devra communiquer à la DIRECCTE le procès-verbal de convocation du comité d'entreprise⁵. Cette nouvelle demande d'homologation/validation sera instruite dans les mêmes conditions que la première⁶, à la différence près que la DIRECCTE devra rendre sa décision dans un délai de trois jours à compter de la réception de la nouvelle demande⁷. Si, à l'issue de ce délai, extrêmement bref, l'Administration ne s'est pas prononcée, le projet est réputé homologué ou validé.

Tant que l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur n'aura pas obtenu une décision expresse ou tacite d'homologation ou de validation de son projet de grand

¹ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

³ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

⁴ Art. L. 1233-58, C. trav.

⁵ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

⁶ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

⁷ Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 4.

licenciement collectif, il ne pourra notifier aucune rupture¹. S'il ne tient pas compte du refus opposé par la DIRECCTE et qu'il notifie des licenciements prévus dans le projet non homologué/validé par l'Administration du travail, les salariés pourront saisir le conseil de prud'hommes aux fins de faire constater l'irrégularité de leur licenciement prononcé en violation de l'article L. 1233-58 du Code du travail.

618. Irrégularité des ruptures prononcées en l'absence d'homologation/validation du projet. À la différence des salariés des entreprises *in bonis* qui, s'ils sont licenciés en l'absence de décision d'homologation/validation du projet ou malgré le refus de la DIRECCTE peuvent saisir le conseil de prud'hommes d'une demande d'annulation de leur licenciement sur le fondement des articles L. 1235-10 et L. 1235-11 du Code du travail, les salariés d'une entreprise placée en redressement ou en liquidation judiciaire pourront seulement obtenir des dommages et intérêts réparant l'irrégularité de la rupture de leur contrat². Pour mémoire, sous l'empire du droit antérieur à la loi de sécurisation de l'emploi, la nullité des licenciements pour motif économique prononcés en l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi ou en cas d'insuffisance de ce dernier était déjà réservée aux seuls salariés licenciés par une entreprise *in bonis*, à l'exclusion des salariés licenciés dans le cadre d'une procédure collective qui ne pouvaient, dans une telle hypothèse, que se prévaloir de dommages et intérêts, l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi étant sanctionnée à l'époque non pas par la nullité de la rupture, mais par l'absence de cause réelle et sérieuse de cette dernière³.

En effet, à la suite d'une « malfaçon législative » résultant de multiples « péripéties » au nombre desquelles la censure par le Conseil constitutionnel de l'amendement *Michelin* prévu par la loi Aubry II du 19 janvier 2000⁴, la nullité de la procédure et des licenciements subséquents en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi a été accidentellement écartée en cas de procédure collective. Cette mise à l'écart de la nullité des licenciements en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi dans le cadre d'une procédure collective n'a pas été remise en cause par les réformes ultérieures, à

¹ Art. L. 1233-58, C. trav.

² Art. L. 1233-58 et L. 1235-10, *in fine*, C. trav.

³ Cass. soc., 2 fév. 2006, RJS 2006, n° 412 ; Cass. soc., 28 juin 2006, RDT 2006, p. 244, obs. P. WAQUET. Concernant les salariés protégés la Cour de cassation affirme que « lorsque la nullité des licenciements n'est pas légalement encourue, les salariés dont le licenciement a été autorisé par l'inspecteur du travail peuvent prétendre à la réparation du préjudice causé par l'insuffisance du plan social ». Cass. soc., 3 mai 2007, Bull. civ. V, n° 68 ; D. 2007, AJ 1504, obs. A. FABRE ; Dr. soc. 2007, p. 900, obs. G. COUTURIER.

⁴ Loi n° 2000-37, du 19 janvier 2000, préc. ; Cons. const., déc. n° 13 janv. 2000, n° 99-423 DC, JO du 20 janv. 2000, p. 992.

l'exception toutefois de la loi du 17 janvier 2002 qui a rétabli temporairement la nullité des licenciements dans une telle hypothèse¹. Toutefois, cette disposition fut suspendue par la loi du 3 janvier 2003 avant d'être abrogée par la loi du 18 janvier 2005². Assurant une certaine continuité en termes de sanctions, la loi de sécurisation de l'emploi a donc maintenu l'exclusion de la nullité des licenciements en cas de procédure collective, précédemment jugée conforme à la Constitution et notamment au principe d'égalité devant la loi³.

Ainsi, si l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, malgré une décision de refus de validation ou d'homologation du plan notifie les licenciements, ceux-ci sont irréguliers et ouvrent seulement droit aux salariés au versement à la charge de l'employeur d'une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Il en va de même lorsque la décision d'homologation ou de validation du plan est annulée par le juge administratif, et ce quel que soit le motif fondant l'annulation de la décision : insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, non-respect de la procédure d'information/consultation, etc. Les décisions administratives d'homologation/validation du projet de licenciement collectif sont en effet susceptibles d'être contestées dans les mêmes conditions, qu'elles concernent une entreprise *in bonis* ou une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaires.

619. Si en cas de procédure collective la décision de restructuration échappe au droit social, comme elle échappe dans une certaine mesure à la direction de l'entreprise, puisque le sort de cette dernière dépend d'une décision judiciaire, un certain contrôle de la décision de procéder à un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins est assuré. Si à l'instar du contrôle d'une telle décision dans une entreprise *in bonis*, le projet de licenciement est soumis au contrôle des représentants du personnel et de l'Administration du travail, les aménagements dont ces contrôles sont l'objet en cas de procédure collective en réduisent l'efficience notamment du fait des délais extrêmement courts dans lesquels ils doivent se dérouler, brièveté des délais justifiés par la nécessaire célérité de la mise en œuvre de la restructuration et de la compression d'effectifs induite par situation de l'entreprise. La différence majeure entre le contrôle de la décision de licencier dans une entreprise *in bonis* et dans une entreprise soumise à une procédure collective réside dans la nécessaire autorisation

¹ Loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002, préc.

² Loi n° 2003-6 du 3 janv. 2003, préc. ; loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005, préc.

³ Cons. const., 28 mars 2013, déc. n° 2013-299 QPC, JO du 30 mars 2013, p. 5459 ; C. RADÉ, « Les entreprises en difficulté ne sont pas de entreprises comme les autres (à propos de la décision n° 2013-299 QPC du 28 mars 2013) », Lexbase hebdo, éd. soc. N° LXB E9340ESQ ; Cass. soc., 9 janv. 2013, n° 12-40.085, à paraître au Bulletin, Jurisdata n° 2013-000027.

judiciaire préalable au prononcé des ruptures. Si de prime abord subordonner le prononcé des licenciements à une autorisation judiciaire avant leur prononcé peut apparaître comme un renforcement du contrôle de la décision de licencier dans les entreprises soumises à une procédure collective, il convient de ne pas se leurrer. En effet, bien que le maintien de l'emploi soit l'un des objectifs du droit des entreprises en difficulté, il est primé, fort logiquement, par le maintien de son activité. Les décisions judiciaires autorisant les licenciements dans le cadre d'une procédure collective sont avant tout guidées par la volonté d'assurer le maintien de tout ou partie de l'activité, le contrôle du bien-fondé de la décision de licencier étant pour sa part extrêmement restreint voire, parfois, inexistant...

CONCLUSION DU CHAPITRE

620. Si le droit social n'a aucune emprise sur les décisions de restructurations librement arrêtées par les dirigeants d'entreprise au nom de leur liberté d'entreprendre, ces décisions relèvent de la gestion de l'entreprise, et impliquent dès lors que soit rendu effectif le droit constitutionnel des salariés à participer à la gestion de l'entreprise dans le cadre de l'élaboration des projets de restructurations. Pour concilier liberté d'entreprendre et droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise *via* leurs représentants, le droit social impose l'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de restructuration avant que celle-ci ne soit mise en œuvre. Pour amoindrir le coût social des restructurations destructrices d'emplois le droit social permet ainsi aux représentants du personnel d'assurer l'expression de l'intérêt collectif des salariés lors du processus décisionnel, afin non seulement que l'impact de cette opération sur la santé, notamment mentale, des salariés, leur sécurité et leurs conditions de travail soit limité au maximum, mais aussi que soit préservé, dans la mesure du possible, l'emploi face à l'opération.

Le droit social tente ainsi de conférer une certaine effectivité au droit constitutionnel à l'emploi en soumettant le prononcé d'un grand licenciement collectif dans le cadre d'une restructuration au contrôle des représentants du personnel et de l'Administration du travail, avant la mise en œuvre du projet. Ceux-ci doivent à ce titre vérifier d'une part que l'employeur a pris en compte les répercussions de son projet sur la santé et la sécurité des salariés afin de préserver au mieux ces dernières, l'employeur ayant une obligation de sécurité de résultat en la matière, et d'autre part qu'il a mobilisé l'ensemble des moyens à sa disposition pour sauvegarder un maximum d'emplois et assurer la sécurisation des parcours professionnels des salariés qui seront inéluctablement licenciés dans le cadre de l'opération.

Si l'employeur doit impérativement consulter les représentants du personnel sur les modalités de son projet de restructuration destructrice de nombreux emplois afin qu'ils puissent assurer l'expression de l'intérêt collectif des salariés, ceux-ci n'émettent sur le projet qu'un avis que l'employeur n'est aucunement tenu de suivre, même s'il lui appartient d'étudier les suggestions émises par le comité d'entreprise relatives au projet de restructuration en lui-même, ou aux mesures sociales d'accompagnement envisagées par l'employeur pour en réduire le coût social. Si les représentants du personnel ne disposent

d'aucun pouvoir décisionnel et ne peuvent pas réellement influencer sur le contenu du projet de restructuration, de grand licenciement collectif, et les mesures d'accompagnement censées en amoindrir les conséquences sociales négatives, le contrôle de ces projets a été renforcé par la loi de sécurisation de l'emploi qui subordonne leur mise en œuvre à leur validation/homologation administrative préalable, à peine de nullité ou d'irrégularité des ruptures.

À ce titre, si l'Administration du travail ne peut empêcher la réalisation de restructurations destructrices d'emplois, y compris lorsque le projet n'est fondé sur aucune cause économique légitime, elle peut « faire pression » sur l'employeur pour qu'il amende son projet afin de préserver au mieux l'emploi et d'assurer la sécurisation des parcours professionnels des salariés qui perdront inmanquablement leur emploi dans le cadre de l'opération. Impliquée au commencement du processus d'élaboration du projet de grand licenciement collectif, l'Administration du travail doit vérifier que les représentants du personnel ont réellement été mis en mesure de se prononcer sur le projet, dans le cadre d'un dialogue social constructif permettant l'expression de l'intérêt collectif des salariés. Surtout, garante de la qualité du plan de sauvegarde de l'emploi dont l'objectif est d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre et de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le contrat sera rompu, l'Administration du travail pourra subordonner l'homologation/validation du projet à l'enrichissement du plan de sauvegarde de l'emploi, en exigeant de l'employeur qu'il mobilise tous les moyens à sa disposition, incluant éventuellement ceux de l'UES ou du groupe dont il est membre, afin de limiter le coût social de sa décision. De ce point de vue, si l'Administration du travail est impuissante à empêcher la réalisation d'une restructuration destructrice de nombreux emplois qui ne serait guidée que par le souci d'augmenter la rentabilité économique ou financière de l'entreprise, cause insusceptible de fonder un licenciement pour motif économique régulier, ou à imposer à un employeur de céder un établissement qu'il envisage de fermer, afin de permettre à un repreneur d'assurer la poursuite de son activité et le maintien de l'emploi, elle peut conditionner l'homologation/validation du projet à l'instauration au bénéfice des salariés menacés de licenciements de mesures de reclassement interne et externe permettant de réellement sauvegarder des emplois, et de sécuriser les parcours professionnels des salariés licenciés afin de leur permettre de retrouver au plus vite et dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle stable, en dépit de l'état critique du marché du travail français.

Ce double contrôle « social » et « public » des grands licenciements collectifs est également applicable lorsqu'un tel projet est envisagé dans le cadre d'une procédure collective, moyennant quelques aménagements afin de tenir compte de l'exigence de célérité dans la mise en œuvre de la restructuration induite par la situation extrêmement critique de l'entreprise et la nécessité de prononcer les ruptures en respectant les délais conditionnant la prise en charge des créances salariales y afférentes par l'AGS. Si le contrôle du projet par les représentants du personnel est allégé dans les entreprises soumises à une procédure collective, il est complété par l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable au prononcé d'un licenciement pour motif économique dans ce cadre. Si, de prime abord, l'assujettissement de la régularité des licenciements pour motif économique à leur autorisation judiciaire apparaît comme un moyen efficace de limiter le coût social des restructuration décidées dans ce cadre, tel n'est pas véritablement le cas dans la mesure où les licenciements décidés dans un plan de redressement ou de cession de l'entreprise ne sont l'objet d'aucun contrôle de la part du tribunal de la procédure, qui se contente d'entériner les prévisions sociales du débiteur ou de l'administrateur dans le cadre du plan de redressement, ou celles du repreneur dans le cadre du plan de cession.

Au total, si les décisions de restructuration consistant à prononcer un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins sont soumises au contrôle préalable des représentants du personnel, de l'Administration du travail, voire du juge dans le cadre d'une procédure collective, ce contrôle ne saurait empêcher la mise en œuvre d'une restructuration destructrice de nombreux emplois en l'absence de motif économique légitime... L'exclusion du maintien de l'emploi au titre des variables à impérativement prendre en compte lorsqu'est arrêtée une restructuration et la condamnation de toute évaluation judiciaire des décisions de gestion réduit ainsi le droit social à un rôle de gestionnaire des conséquences sociales délétères des restructurations, ce qui limite d'autant sa capacité à juguler réellement le coût social de ces opérations.

CONCLUSION DU TITRE

621. À défaut de pouvoir influencer sur les décisions de restructuration qui relèvent de la liberté d'entreprendre des dirigeants d'entreprise, le droit social tente de concilier celle-ci avec le droit constitutionnel à l'emploi en encadrant le prononcé de licenciements pour motif économique qui se trouve ainsi soumis à une exigence de légitimité. Celle-ci se traduit au niveau individuel par l'exigence que tout licenciement pour motif économique soit fondé sur une cause économique réelle et sérieuse mais aussi qu'une telle rupture n'intervienne qu'en ultime recours lorsque l'employeur n'a d'autre choix que de licencier le salarié faute de pouvoir le reclasser sur un autre emploi en assurant au besoin son adaptation à ce dernier. Au niveau collectif, l'exigence de légitimité se révèle à travers la soumission des décisions de grand licenciement collectif au contrôle des représentants du personnel et de l'administration du travail, avant la mise en œuvre de la restructuration destructrice d'emploi, voire au contrôle du juge lorsqu'une telle opération est projetée dans une entreprise soumise à une procédure collective.

Le droit social tente ainsi de minimiser le coût social des restructurations largement assumé par la collectivité nationale par l'intermédiaire du système de protection social français, en imposant la consultation des représentants du personnel avant la réalisation du projet, afin que soit assurée l'expression de l'intérêt collectif des salariés dans le cadre du processus décisionnel, qu'il s'agisse de mettre en exergue la nécessité de limiter l'impact de l'opération sur la santé, notamment mentale, et la sécurité des salariés, mais aussi et surtout sur l'emploi, en autorisant le comité d'entreprise à formuler des propositions alternatives au projet de restructuration tel qu'envisagé par l'employeur ou des suggestions tendant à améliorer le plan de sauvegarde de l'emploi afin de limiter le nombre de licenciements et d'assurer la sécurisation des parcours professionnels des salariés qui seront inéluctablement licenciés.

L'Administration du travail contrôle pour sa part le fait que le projet de restructuration et de grand licenciement collectif est l'objet d'un dialogue social constructif de nature à faire émerger des solutions tendant à préserver les intérêts de l'entreprise mais aussi des salariés. Elle doit à ce titre vérifier que l'employeur a réellement mobilisé tous les moyens à sa disposition pour limiter le coût social de sa décision de restructuration, en mettant en œuvre

des actions de nature à réduire le nombre de licenciements mais aussi, et malheureusement surtout, à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés qui perdront inéluctablement leur emploi dans le cadre de l'opération. La mise en œuvre d'un grand licenciement collectif dans une entreprise employant au moins cinquante salariés est désormais subordonnée à l'aval préalable de l'Administration du travail, un employeur ne pouvant valablement mettre en œuvre un grand licenciement collectif sans que son projet ait été validé/homologué par la DIRECCTE, à peine de nullité ou d'irrégularité des licenciements.

De prime abord la réglementation des licenciements pour motif économique semble de nature à véritablement limiter le coût social de ces opérations, puisque, en théorie du moins, tout licenciement pour motif économique doit être fondé sur une cause économique légitime et n'intervenir qu'en ultime recours, les projets de grand licenciement collectif étant de surcroît soumis au contrôle préalable des représentants du personnel et de l'Administration du travail. Toutefois, le droit du licenciement pour motif économique ne saurait faire obstacle à la réalisation d'une restructuration destructrice de nombreux emplois en l'absence de motif économique légitime. De ce point de vue la contradiction inhérente au droit du licenciement pour motif économique résidant dans l'indépendance de l'exigence de cause réelle et sérieuse fondant le prononcé d'un licenciement pour motif économique et la régularité d'une procédure de grand licenciement collectif réduit, pour ne pas dire anéantit, la capacité du droit social à réellement limiter le coût social des restructurations. En effet, un employeur peut valablement engager et mener à son terme une procédure de licenciement collectif alors même qu'aucune cause économique légitime ne fonde son projet. Une entreprise à la santé économique florissante peut ainsi procéder à une compression massive d'effectif dans le seul souci de satisfaire des investisseurs financiers soucieux d'accroître la rentabilité des titres de l'entreprise à court terme sur les marchés.

L'absence de sanctions réellement comminatoires assortissant l'exigence de cause réelle et sérieuse des licenciements pour motif économique, et l'impossible évaluation judiciaire des choix de gestion et des décisions de restructurations arrêtés par les directions d'entreprise quand bien même elles détruiraient, sans raison légitime, de nombreux emplois, participent de l'ineffectivité du droit du licenciement pour motif économique que certaines grandes entreprises ou grands groupe peuvent contourner à loisir. Il leur suffit pour ce faire d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales et à celle de la DIRECCTE contrôlant le projet de grand licenciement collectif, pour le pouvoir mettre en œuvre, peu important que ce projet soit guidé par des motifs juridiquement condamnables,

tels que la volonté de réaliser des économies, d'accroître le profit, d'augmenter la rentabilité financière de l'entreprise, etc. Un tel comportement n'est sanctionné que par l'allocation de dommages et intérêts d'un montant relativement peu élevé comparé non seulement au préjudice que constitue de nos jours pour un salarié la perte injustifiée de son emploi, et pour la collectivité la destruction illégitime de nombreux emplois, mais aussi aux « profits » que peut générer une telle opération illégale.

Si l'incohérence endogène au droit du licenciement pour motif économique limite la capacité de droit social à juguler le coût social des restructurations, l'éventuelle instrumentalisation du droit des procédures collectives par des groupes peu scrupuleux réduit à néant l'effectivité des dispositifs élaborés pour amoindrir les conséquences sociales délétères des restructurations. En effet, il n'est guère compliqué pour la direction d'un groupe d'organiser l'insolvabilité d'une filiale, afin, par exemple, d'en délocaliser la production sous des horizons socialement moins exigeants et ainsi d'éluder l'application du droit commun du licenciement pour motif économique, qu'il s'agisse du contrôle de l'existence d'une cause économique réelle et sérieuse fondant les licenciements décidés dans le cadre de la procédure collective, ou de se décharger du coût de ces ruptures sur l'AGS... La collectivité nationale assumera ainsi le coût social d'une opération de restructuration destructrice de nombreux emplois pourtant dépourvue de fondement légitime...

CONCLUSION DE LA PARTIE

622. Nécessaires au développement et à la survie des entreprises, les restructurations n'en constituent pas moins des opérations susceptibles de générer un coût social important largement assumé par la collectivité nationale. En effet, la plupart d'entre elles menace l'emploi, et partant la sécurité économique et matérielle des salariés et de leur famille, mais également leur « statut social » dans la mesure où l'emploi, outre la source de revenu qu'il constitue, est également un élément essentiel de l'identité de la personne dans notre société. De même, ces opérations ont le plus souvent un impact sur les conditions de travail et la santé des salariés, notamment mentale. Les risques psychosociaux induits par les restructurations se traduisent ainsi fréquemment par la multiplication des pathologies liées au stress : dépression, augmentation des risques de maladies cardio-vasculaires liées à l'anxiété et à la détérioration de leurs conditions d'emploi, etc. Au-delà, certaines opérations, consistant par exemple à fermer un établissement ou à cesser d'exploiter une activité implantée de longue date dans une région, ont généralement des incidences sur les principaux partenaires de l'entreprise, voire sur l'ensemble du bassin d'emploi.

Or les coûts résultant de l'impact d'une restructuration sur la santé des salariés et de la destruction de nombreux emplois, directs ou indirects, est largement assumé par la collectivité nationale *via* le système de protection sociale qui prend en charge les frais générés par la dégradation des conditions de travail et de la santé des salariés et accorde un revenu de remplacement aux salariés licenciés.

Lorsqu'il appréhende les restructurations, le droit social cherche avant tout à limiter ce coût social par le biais de divers dispositifs tendant à pallier son impuissance face aux décisions de restructurations sur lesquelles il n'a aucune emprise. La mission assignée au droit social est ainsi pour le moins paradoxale puisqu'il lui appartient d'amoindrir les conséquences d'une décision sur laquelle il n'a aucune emprise.

À défaut de pouvoir influencer sur le contenu du projet de restructuration et de pouvoir exiger des entreprises que leurs décisions de restructurations poursuivent notamment comme objectif la sauvegarde de l'emploi, exigence constitutionnelle s'imposant au législateur à

l'exclusion des directions d'entreprises *in bonis*, le droit social a développé des palliatifs à son impuissance face à ces opérations en élaborant divers dispositifs tendant à essayer de limiter le coût des restructurations avant qu'elles ne soient mises en œuvre. Pour ce faire le droit social a instauré divers dispositifs préventifs et curatifs.

À ce titre, dans la lignée des tendances actuelles à la décentralisation et à la procéduralisation du droit du travail, le législateur encourage le développement de la négociation collective en amont de la réalisation d'une restructuration qu'il s'agisse de négocier « à froid » ou « à chaud » sur la gestion des ressources humaines dans l'entreprise. En effet, si les organisations syndicales ne participent pas à la gestion de l'entreprise, elles sont en revanche invitées à prendre part à la gestion de l'emploi dans le cadre de la négociation, impérative dans certaines entreprises, relative à la GPEC dont la finalité est de permettre l'élaboration de dispositifs permettant d'anticiper les conséquences des mutations économiques et des orientations stratégiques de l'entreprise sur l'emploi afin de pouvoir assurer l'adéquation entre les ressources et les besoins de l'entreprise en terme d'emplois, de qualifications et de compétence, pour sécuriser les parcours professionnels des salariés au sein de l'entreprise. Cette négociation, qui se déroule en principe en dehors de tout projet de restructuration, a pour finalité de sécuriser l'emploi en évitant les risques de sur(ou sous)-effectif grâce à des actions de formation, voire de reconversion, et des politiques de mobilité ambitieuses pour favoriser les transitions professionnelles des salariés. Ces transitions sont indispensables pour que les compétences et qualifications des salariés correspondent aux besoins de l'entreprise et leur assurent un avenir au sein de celle-ci ou leur garantissent une réinsertion rapide sur le marché du travail.

Si l'anticipation des effets de la stratégie de l'entreprise et des mutations économiques est de nature à potentiellement limiter les répercussions néfastes d'une restructuration future sur l'emploi, cette négociation ne constitue en rien un rempart contre la mise en œuvre d'une compression d'effectif qui serait rendue nécessaire par des évolutions conjoncturelles imprévisibles, ou qui serait décidée par la direction du groupe ou des investisseurs financiers désirant accroître la rentabilité financière de l'entreprise sur les marchés.

Par ailleurs, afin d'accorder davantage de souplesse à l'entreprise dans la gestion de la main d'œuvre, les partenaires sociaux peuvent négocier sur la mise en œuvre d'une réorganisation reposant sur des mesures de mobilité professionnelle ou géographique censée être mise en œuvre sans réduction d'effectif en concluant un accord de mobilité interne. Toutefois, cette négociation peut se traduire par le prononcé immédiat de licenciements pour

motif économique échappant à l'application du droit commun du licenciement pour motif économique et notamment aux règles relatives aux licenciements collectifs.

Au-delà de la négociation « à froid », le droit social promeut la négociation collective dans les entreprises en crise, qu'il s'agisse de faire face à de graves difficultés économiques conjoncturelles en concluant un accord de maintien de l'emploi, accordant à l'entreprise une flexibilité accrue dans l'utilisation du facteur travail grâce à la réduction de certains droits contractuels des salariés en contrepartie de la garantie, toute relative, du maintien de leur emploi. Ces accords, dont le succès est plus que relatif puisque plusieurs mois après l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, seuls deux accords de maintien de l'emploi avaient été conclus¹, sont ainsi censés éviter la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emploi en permettant à l'entreprise de surmonter la crise grâce aux « sacrifices » provisoires consentis par les salariés. Cependant, non seulement leur conclusion et leur mise en œuvre ne constituent qu'une garantie relative du maintien de l'emploi, mais de surcroît elles peuvent entraîner le prononcé de nombreux licenciements pour motif économique échappant au droit des licenciements collectifs. Si les syndicats peuvent ainsi avoir indirectement à assumer une part de responsabilité dans le prononcé des licenciements des salariés qui auront refusé de se soumettre à l'accord, ils peuvent également être impliqués dans l'élaboration d'un projet de grand licenciement collectif qui peut faire l'objet d'un accord collectif portant *a minima* sur le PSE et, éventuellement, sur la procédure d'information/consultation des représentants du personnel et les modalités de mise en œuvre du projet.

La procéduralisation et la décentralisation du traitement social des restructurations témoignent ainsi de l'incapacité du législateur à élaborer les solutions idoines pour atténuer l'impact social du phénomène, solutions que le législateur espère voir émerger d'un dialogue social constructif préservant les intérêts de l'entreprise et des salariés.

À défaut d'emprise sur les décisions de restructuration, réduit au rôle de gestionnaire de leurs conséquences sociales délétères, non seulement le droit social encourage la négociation collective afin de limiter l'impact des évolutions économiques et de leurs répercussions sur l'entreprise et sur l'emploi, mais de surcroît il encadre le prononcé des ruptures pour motif économique. En effet, si l'employeur est libre de restructurer son entreprise lorsque son projet implique des suppressions d'emploi, le droit social le soumet à une exigence de légitimité. Ainsi, un licenciement pour motif économique ne peut en principe

¹ P. ADAM, art. préc. ; F. FAVENNEC-HERY, art. préc.

intervenir qu'à la stricte condition de reposer sur une cause économique réelle et sérieuse telle que des difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité rendant indispensable la suppression ou la transformation d'emplois ou encore des modifications contractuelles qui, si elles sont refusées par le salariés peuvent justifier la rupture du contrat. Non seulement, à l'instar de tout licenciement, un licenciement pour motif économique doit être fondé sur une justification légitime, mais de surcroît il ne peut intervenir que si l'employeur est dans l'impossibilité de reclasser le salarié sur un emploi disponible au sein de l'entreprise ou du groupe, en assurant si nécessaire l'adaptation du salarié au poste offert au reclassement.

Au surplus, lorsque la restructuration consiste à prononcer un grand licenciement collectif, le projet doit être soumis à la consultation des représentants du personnel pour que soit assurée l'expression de l'intérêt des salariés lors de son élaboration et que puissent être envisagées des alternatives à la restructuration et aux mesures d'accompagnement afin que soient préservées aux mieux la santé et la sécurité des salariés, que soient sauvegardé un maximum d'emplois, et que les parcours professionnels des salariés inéluctablement licenciés soient sécurisés.

De la qualité de ce dialogue entre employeur et représentants du personnel et, le cas échéant, syndicats dépend l'émergence des solutions idoines pour permettre à l'entreprise de faire face aux difficultés qu'elle rencontre ou aux menaces pesant sur sa compétitivité tout en limitant les répercussions négatives de la restructuration rendue indispensable pour assurer la pérennité de l'entreprise.

La qualité du dialogue social relatif aux projets de restructurations destructrices d'emplois et celle des mesures sociales d'accompagnement qui doivent impérativement les accompagner est garantie par l'Administration du travail appelée à contrôler la procédure d'information/consultation et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi au cours de la procédure mais surtout à son issue, avant la mise en œuvre du projet. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013¹, un employeur ne peut procéder à un grand licenciement collectif dans une entreprise employant au moins cinquante salariés, qu'à la stricte condition que le projet de licenciement ait été validé ou homologué par la DIRECCTE. À défaut, les ruptures pourront dans certaines circonstances être annulées et l'employeur tenu de réintégrer les salariés.

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

À défaut de pouvoir influencer sur le projet de restructuration et d'imposer que la sauvegarde de l'emploi soit l'une des finalités assignées aux restructurations, le droit social tente d'en limiter le coût social en amont de leur mise en œuvre en soumettant les décisions de compressions d'effectifs à un contrôle « social » et public, voire à un contrôle judiciaire lorsqu'elles sont décidées dans le cadre d'une procédure collective, hypothèse dans laquelle tout licenciement pour motif économique est de surcroît soumis à une autorisation judiciaire préalable. Il est à ce titre regrettable que l'objectif de maintien de l'emploi ne soit imposé qu'aux restructurations projetées dans les entreprises en difficulté, seules opérations soumises à un contrôle judiciaire *ex ante*, qui, s'il était généralisé aux entreprises *in bonis* permettrait de réellement limiter le coût social des restructurations, en paralysant les procédures de licenciement collectif engagées en l'absence de motif légitime.

Cependant, en dépit de la rigueur apparente de la réglementation des licenciements pour motif économique, une entreprise peut tout à fait, sans encourir de sanction réellement comminatoire, engager et mener à terme une procédure de licenciement collectif en l'absence de motif économique légitime, et détruire de nombreux emplois dans le seul souci de satisfaire des investisseurs financiers ou de délocaliser la production d'un site rentable en France vers des horizons socialement moins coûteux, en se déchargeant de l'essentiel de sa responsabilité sur la collectivité nationale qui assumera le coût social de cette décision illégale.

Pour pallier l'absence d'obligation de prendre en compte la nécessité de préserver l'emploi lorsqu'est arrêtée une décision de restructuration, le droit social encourage le dialogue social en amont de la réalisation de l'opération pour essayer de limiter le coût social de cette décision. Pour autant, la négociation collective en amont des restructurations et l'encadrement des décisions de prononcer des licenciements pour motif économique sont impuissants à endiguer les incidences néfastes de ces opérations. Le droit social intervient donc en aval de leur réalisation pour réduire leurs répercussions sur la situation individuelle et collective des salariés.

UNIVERSITE DE BORDEAUX

ECOLE DOCTORALE de DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT EN DROIT

Magali GADRAT

RESTRUCTURATIONS ET DROIT SOCIAL

Tome II

Thèse dirigée par M. **Gilles AUZERO**, Professeur,

Soutenue publiquement le 9 décembre 2014

MEMBRES DU JURY

M. Gilles AUZERO,

Professeur, Université de Bordeaux

M. Frédéric GÉA,

Professeur, Université de Lorraine

Rapporteur

M. Patrick MORVAN,

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Rapporteur

M. Christophe RADÉ,

Professeur, Université de Bordeaux

PARTIE II : LA LIMITATION DU COUT SOCIAL DES RESTRUCTURATIONS EN AVAL DE LEUR REALISATION

623. Historiquement, c'est d'abord sous l'angle de leurs conséquences que les restructurations ont été envisagées par le droit social. N'ayant jamais eu la moindre emprise sur la décision de restructuration mais ne pouvant ignorer l'extrême vulnérabilité des salariés face à ces opérations, le droit social a donc en premier lieu cherché à atténuer l'impact de ces opérations sur la situation des salariés et plus particulièrement sur l'emploi. Les relations individuelles et collectives de travail étant d'abord et avant tout organisées au niveau de l'entreprise, toute modification dans la structure de celle-ci se répercute inévitablement sur les droits des salariés. Comme l'écrivait Gérard LYON-CAEN « la restructuration (...) remet (...) en cause le lieu de travail, la qualification du salarié, la détermination de celui qui définit sa fonction et lui donne des ordres, la convention collective applicable, elle déphase la représentation du personnel, atomise les revendications. La plupart des problèmes contemporains du droit du travail, sont liés à la restructuration incessante des entreprises. Or, c'est une autre branche du droit qui régit ces actes »¹ : le droit des sociétés.

De l'existence d'une menace sur les intérêts individuels et collectifs des salariés naît une exigence de protection que le droit social ne peut occulter². L'impuissance des salariés et l'extrême précarité de leur situation face aux restructurations n'ont pas échappé au droit social qui a instauré divers principes tendant à les protéger autant que faire se peut des incidences néfastes qu'elles peuvent avoir à leur égard.

Conscient que ces opérations se traduisent le plus souvent par une précarisation de la situation des salariés dont l'emploi est menacé, le droit encadre leurs incidences sociales pour

¹ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail : une technique réversible*, coll. Connaissance du droit, Dalloz 1995, p. 15.

² C. MASQUEFA, *La restructuration*, th. ss. la dir. de B. TEYSSIE, LGDJ, 2000, p. 43.

atténuer leurs effets trop souvent dévastateurs. Parce que l'emploi n'est pas seulement une source de revenus, mais qu'il constitue un élément fondamental de l'identité de la personne, voire de sa dignité, le droit social tente d'amoindrir les répercussions potentiellement délétères des restructurations sur l'emploi. Si, dans certaines circonstances, il protège l'emploi, en imposant le maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur en cas de transfert justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, d'autres restructurations peuvent pour leur part impliquer des suppressions d'emplois. Certes, celles-ci doivent être justifiées et n'intervenir qu'en ultime recours et sont, pour certaines d'entre elles, soumises à un contrôle social et administratif, mais pour autant les choix de gestion de l'employeur consistant en une compression des effectifs ne sont jamais remis en cause. À défaut de pouvoir éradiquer la menace d'un licenciement pour motif économique et d'assurer la sécurité de l'emploi face aux restructurations, le droit social cherche au moins à sécuriser les parcours professionnels des salariés. Ainsi, les salariés menacés de licenciement pour motif économique bénéficient-ils d'un accompagnement reposant sur divers dispositifs mis en œuvre par l'entreprise et les pouvoirs publics afin d'éviter les licenciements, mais aussi (et malheureusement surtout) de placer les salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu dans la situation la plus favorable pour retrouver au plus vite et dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle stable.

Si l'impact potentiellement néfaste des restructurations sur l'emploi constitue la partie émergée de l'iceberg sur laquelle se sont concentrés les efforts du législateur soucieux de conférer une certaine effectivité au droit constitutionnel à l'emploi, ces opérations menacent également les droits collectifs des salariés. Or, alors même que les enjeux économiques, sociaux et humains sont considérables, les restructurations ayant inmanquablement des incidences sur le statut collectif des salariés, « réglementation privée spécifique à l'entreprise » dont l'application peut être affectée ces opérations, le législateur ne s'est intéressé que tardivement au sort des droits collectifs des salariés en cas de restructuration. Alors même que les droits issus des normes collectives constituent des éléments fondamentaux du statut des salariés, qu'il s'agisse des conventions et accord collectifs de travail, des usages et engagements unilatéraux de l'employeur, des régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire, le législateur n'a encadré que de manière très lacunaire leur sort en cas de restructuration. En ce domaine comme ailleurs, à défaut d'emprise sur la décision de restructuration, le droit social atténue ses répercussions sur le statut collectif des salariés en assurant, après l'opération, son maintien, au moins temporaire, au bénéfice des salariés.

De même, alors que l'organisation de la représentation du personnel est calquée sur celle de l'entreprise et qu'elle se trouve donc particulièrement exposée en cas de restructuration, le droit social n'a encadré que relativement récemment le sort de la représentation du personnel face à ces opérations. Afin d'éviter que la restructuration, librement décidée par le chef d'entreprise, n'emporte disparition automatique des institutions représentatives du personnel, sans lesquelles les salariés ne peuvent participer à la gestion de l'entreprise et à la détermination de leurs conditions de travail, le droit social non seulement impose leur maintien lorsqu'il est possible, mais surtout subordonne leur suppression à l'accord des organisations syndicales ou de l'Administration du travail.

Protéger les salariés face à la menace qu'une restructuration de leur entreprise fait peser leurs droits, en tentant d'atténuer ses incidences potentiellement délétères sur leur situation individuelle (Titre I) et collective (Titre II), sans avoir la moindre emprise sur la décision économique qui fonde le projet, tel est le paradoxe que le droit social tente de résoudre.

TITRE I : L'ATTENUATION DES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA SITUATION INDIVIDUELLE DES SALARIES.

TITRE II : L'ATTENUATION DES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA SITUATION COLLECTIVE DES SALARIES.

TITRE I : L'ATTENUATION DES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA SITUATION INDIVIDUELLE DES SALARIES.

624. Impuissant face aux décisions de restructuration arrêtées librement par les directions d'entreprise en fonction de stratégies économiques et entrepreneuriales, le droit social tente au moins d'en amoindrir les effets dévastateurs sur la situation des salariés. Parce qu'elles menacent en premier lieu l'emploi des salariés, qui constitue non seulement une source de revenus mais également un élément essentiel de leur identité sociale, le droit social s'attache avant tout à essayer d'assurer sa protection par-delà ces opérations. Ainsi, lorsque la restructuration consiste en une modification dans la situation juridique de l'employeur qui décide de transférer tout ou partie de son entreprise à un autre entrepreneur qui exploitera l'activité dans des conditions similaires, les contrats de travail des salariés seront maintenus avec le repreneur. Lorsque la restructuration librement décidée par l'employeur ne remet pas en cause l'autonomie de l'entité cédée dont l'activité est poursuivie sous une direction nouvelle, l'opération ne peut par elle-même constituer une cause de rupture des contrats des salariés. Dans cette hypothèse, le licenciement prononcé à l'occasion de la restructuration sera privé d'effet et le cessionnaire devra poursuivre l'exécution du contrat du salarié. Ce maintien impératif des contrats de travail affectés à l'entité cédée permet non seulement aux salariés de conserver leur emploi malgré la restructuration mais aussi au repreneur de pouvoir continuer à exploiter l'activité reprise en s'appuyant sur une collectivité de travailleurs qualifiés.

Le droit social assure donc la stabilité de la situation contractuelle des salariés malgré l'opération ainsi que celle de leur situation pécuniaire grâce à l'instauration de mécanismes de solidarité entre employeurs assurant le paiement, au moins partiel, des créances salariales nées

avant le transfert. Toutefois, si le droit social peut imposer le maintien des contrats en cas de transfert d'entreprise, hypothèse dans laquelle ce maintien préserve non seulement la situation des salariés mais également l'intérêt de l'entreprise qui a besoin d'eux pour poursuivre l'exploitation de son activité, il ne peut en revanche porter atteinte à la liberté d'entreprendre des chefs d'entreprise qui décideraient de cesser définitivement d'exploiter leur entreprise ou de procéder à une restructuration destructrice d'emplois pour faire face à des difficultés économiques ou à la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe.

Si le droit social soumet les licenciements pour motif économique à une exigence de justification et, dans certaines circonstances, au contrôle des représentants du personnel et de l'administration du travail, il ne saurait remettre en cause la décision de la direction d'entreprise de procéder à une compression d'effectif. Impuissant face à cette décision, le droit social tente au moins d'en atténuer les conséquences en exigeant des entreprises qu'elles assument leur responsabilité sociale en se préoccupant de l'avenir professionnel des salariés dont l'emploi est menacé par la restructuration.

Libre de réorganiser son entreprise en réduisant ses effectifs, l'employeur est responsable des coûts sociaux engendrés par sa décision et doit les assumer en mettant en œuvre des mesures permettant d'amoindrir les répercussions de l'opération sur la situation des salariés en leur offrant des alternatives au licenciement ou au chômage. Le droit social exige de l'employeur qui s'apprête à prononcer un licenciement pour motif économique qu'il s'implique dans le reclassement professionnel des salariés en recourant à des mesures permettant d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre grâce à leur placement en activité partielle par exemple ou à des actions de mobilité interne à l'entreprise ou au groupe. L'employeur doit, de surcroît, se préoccuper du sort des salariés qui perdront inéluctablement leur emploi en mettant en œuvre des actions de nature à accroître leurs chances de retrouver rapidement, et dans les meilleures conditions possibles, une activité professionnelle stable, salariée ou non. Afin de conférer une certaine effectivité au droit constitutionnel à l'emploi, le droit social prévoit donc la mobilisation de nombreux dispositifs censés favoriser la réinsertion professionnelle des salariés grâce au développement de leur employabilité par des mesures de formation, à un soutien renforcé dans leur recherche d'emploi ou à des aides à la création ou à la reprise d'entreprise.

A défaut d'emprise sur les décisions de restructuration, le droit social tente donc de préserver la situation individuelle des salariés en assurant la stabilité de leur situation

contractuelle et pécuniaire lorsque l'opération prend la forme d'un transfert justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail (Chapitre I). Lorsque la restructuration ne relève pas de ce texte, elle peut entraîner des licenciements pour motif économique. L'employeur devra alors mettre en œuvre des mesures pour accompagner les salariés menacés de licenciement afin de préserver un maximum d'emplois et de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés en dépit de la situation particulièrement critique du marché du travail (Chapitre II).

CHAPITRE I- LA PROTECTION DE L'EMPLOI ET DES CREANCES SALARIALES EN CAS DE TRANSFERT D'ENTREPRISE.

CHAPITRE II – L'ACCOMPAGNEMENT DES SALARIES MENACES DE LICENCIEMENT.

CHAPITRE I : LA PROTECTION DE L'EMPLOI ET DES CREANCES SALARIALES EN CAS DE TRANSFERT D'ENTREPRISE.

625. L'article L. 1224-1 du Code du travail dispose que *« s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise »*. Inspiré d'une disposition du droit allemand en vigueur en Alsace-Moselle, ce texte est l'un des plus anciens et des plus connus du Code du travail. Issu de la loi du 19 juillet 1928¹, il met en exergue la prise de conscience précoce du législateur français de la nécessité de protéger les salariés contre les vicissitudes de la vie de leur entreprise. Très tôt, le droit social a ainsi pris la mesure du danger que représentent les restructurations pour la situation des salariés et cherché à protéger l'emploi face à ces opérations, à défaut de pouvoir réellement influencer sur les décisions dont elles résultent. Selon la Cour de cassation, l'objectif poursuivi par le législateur en 1928 était d'*« assurer aux salariés des emplois plus stables »*².

Dès lors qu'un transfert d'entreprise s'opère, les contrats de travail conclus avec le premier employeur sont de plein droit transmis au repreneur. Ce texte constitue donc une exception de taille au principe de l'effet relatif des conventions édicté à l'article 1165 du Code civil selon lequel : *« les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point aux tiers »*. L'extrême rigueur de ce principe civiliste, impliquant des répercussions particulièrement néfastes sur la situation des salariés en cas de transfert d'entreprise, a donc amené le législateur français à amoindrir le retentissement des modifications dans la situation juridique de l'employeur sur les contrats de travail, en assurant la pérennité du lien contractuel en dépit de l'effet relatif des conventions. Cette entorse à la

¹ Loi du 19 juil. 1928, préc.

² Cass. civ., 27 fév. 1934, *Goupy*, DH 1934. 252 ; Gaz. Pal. 1934, 2, p. 40 ; S. 1934, 1, p. 179 ; GADT 4^{ème} éd., 2008, n° 62.

règle édictée à l'article 1165 du Code civil trouve sa justification dans l'impératif de stabilité sociale¹.

Le maintien des contrats de travail en cas de changement d'employeur est également en contradiction avec le caractère *intuitu personae* du contrat de travail. Alors que le choix de la personne du cocontractant joue un rôle essentiel dans la conclusion de ce contrat, la substitution d'un cocontractant à un autre est imposée par la loi². Selon certains, cette mise à l'écart du caractère *intuitu personae* du contrat de travail pour assurer la stabilité de l'emploi reposerait sur l'existence d'un « lien d'entreprise »³, de nature institutionnelle qui se superpose au lien personnel unissant employeur et salarié. Le contrat serait formé avec l'entreprise plus qu'avec l'employeur⁴. À ce titre Gérard LYON-CAEN estimait que « le salarié est en quelque sorte au service d'une entreprise bien plus qu'au service d'un entrepreneur déterminé »⁵. Cette théorie institutionnelle de l'emploi⁶, que l'on retrouve également sous la plume de la CJUE⁷, serait donc, selon certains, l'un des fondements ayant conduit le législateur à imposer le maintien des contrats de travail et permettrait d'expliquer l'absence de droit d'opposition du salarié auquel le transfert du contrat s'impose.

De même, la liberté du nouvel employeur de choisir ses collaborateurs, corollaire de sa liberté d'entreprendre, est réduite à néant dans la mesure où il est tenu de maintenir les contrats de travail conclus par son prédécesseur. Il ne peut donc recruter librement ses salariés ; ceux-ci lui sont imposés par l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Ainsi, afin d'éviter la précarisation de la situation des salariés résultant de restructurations décidées par le chef d'entreprise sur lesquelles il n'a aucune emprise, le droit social préserve leur situation individuelle en assurant le maintien de leur emploi après la réalisation d'une opération justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Près d'un demi-siècle après la loi du 19 juillet 1928, le souci d'éviter que les salariés ne perdent leur

¹ En ce sens Cass. civ., 27 fév. 1934, *Goupy*, préc. ; Cass. soc., 16 avr. 1959, Bull. civ. IV, n° 474 ; Cass. soc., 19 janv. 1966, Bull. civ. IV, n° 56 ; Cass. soc. 3 nov. 1976, Bull. civ. V, n° 445 ; Cass. soc., 19 fév. 1981, Bull. civ. V, n° 144 ; Cass. soc., 20 oct. 1983, Bull. civ. V, n° 518 ; Cass. soc., 5 mai 1986, Bull. civ. V, n° 195 ; S. DARMAISIN, « Le concept de transfert d'entreprise », Dr. soc. 1999, p. 343.

² En ce sens, *Précis Dalloz, Droit du travail*, préc., n° 316 et s.

³ A. BRUN, « Le lien d'entreprise », JCP 1962, 1719.

⁴ En ce sens P. DURAND, cité par G. PICCA, « L'article L. 122-12 (2°) du Code du travail : les limites d'une jurisprudence », concl. ss. Cass. ass. pl., 15 nov. 1985, Dr. soc. 1986, p. 1.

⁵ G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail*, LGDJ, 1955.

⁶ Pour des développements relatifs aux différentes doctrines relatives à la notion d'emploi, V. F. GAUDU, « La notion juridique d'emploi en droit privé », Dr. soc. 1987, p. 414.

⁷ En effet, la CJUE affirme que « la relation de travail est essentiellement caractérisée par le lien qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise à laquelle il est affecté pour exercer sa tâche », en ce sens CJCE, 14 avr. 1994, aff. C-392/92, *Schmidt*, point 13 ; RJS 1994, n° 630 ; CJCE 7 fév. 1985, aff. C-186/83, *Botzen*, Rec. p. 519, point 15.

emploi chaque fois que leur entreprise est l'objet d'un transfert a trouvé un écho en droit européen. En effet, cette préoccupation a amené les autorités européennes à adopter en 1977 une directive, modifiée depuis à deux reprises¹, dont l'objectif est également de « *protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits* » par-delà les opérations de transfert². La subordination du droit interne au droit européen résultant de l'article 55 de la Constitution française a ainsi contraint les juges nationaux à interpréter l'article L. 1224-1 du Code du travail à la lumière des directives européennes, mais également et surtout de la jurisprudence de la CJUE, particulièrement prolixe en la matière. Plus qu'ailleurs en effet, on peut mesurer l'importance de l'influence du droit social européen et de la dynamique de la jurisprudence de la CJUE notamment sur les conditions du maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur.

Si le droit social s'est très tôt soucié de la préservation de l'emploi des salariés en cas de modification juridique dans la situation de l'employeur, il s'est également préoccupé du sort des créances salariales antérieures à la restructuration. Afin de protéger la situation financière des salariés et d'assurer le paiement des créances salariales, par essence alimentaires, le droit social a instauré, dans certaines circonstances, une solidarité entre employeurs successifs imposant au nouvel employeur de répondre des dettes de son prédécesseur à l'égard des salariés, sans préjudice d'une action en remboursement à l'encontre de l'ancien employeur, débiteur principal.

Toutefois, le droit social écarte la solidarité entre employeurs successifs en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du cédant. Pour autant, dans cette hypothèse, la situation financière des salariés est relativement préservée, grâce à l'instauration d'un régime de garantie des créances des salariés. En cas de procédure collective, pour que le paiement des créances salariales soit assuré, au moins en partie, la solidarité entre employeurs au niveau national et interprofessionnel a vocation à prendre le relais de la solidarité légale entre employeurs successifs. Lorsqu'une restructuration est décidée dans le cadre d'une procédure collective, certaines créances salariales sont assumées, à concurrence d'un plafond, par l'Association pour la Gestion du régime de garantie des Salariés (AGS).

Lorsque la restructuration décidée par le chef d'entreprise consiste à transférer une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise et l'identité maintenue,

¹ Dir. n° 77/187/CEE, du 14 fév. 1977, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, JOCE, n° L. 61, 5 mars 1977, p. 26, modifiée pour la première fois par la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998, JOCE n° L. 201, 17 juil. 1998, p. 88, codifiée par la directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, JOCE n° L. 82, 22 mars 2001, p. 16.

² Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., considérant 3.

les conditions du maintien impératif des contrats avec le nouvel employeur sont réunies (Section I). La restructuration de l'entreprise ne saurait donc constituer une cause de licenciement, le droit social assurant la protection de la situation contractuelle des salariés, mais également la préservation de leurs intérêts financiers grâce à la solidarité entre employeurs successifs ou entre employeurs au niveau national et interprofessionnel qui garantissent le paiement, au moins partiel, des créances salariales (Section II).

Section I : Les conditions du maintien des contrats de travail.

À propos de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le conseiller BAILLY a écrit, que « rarement un texte et son application ont inspiré autant d'images : celles du flux et du reflux¹, du camaïeu juridique, de la saga nordique², du clash³, de la tempête⁴, des mystères et des misères⁵, etc. »⁶. Toutes ces images traduisent l'histoire relativement mouvementée des conditions de mise en œuvre de l'article L. 1224-1 du Code du travail. En effet, si ce texte n'a pas connu de substantielles modifications depuis 1928, l'interprétation judiciaire de son domaine d'intervention a, quant à elle, connu une évolution chaotique, émaillée de nombreux revirements de jurisprudence. L'article L. 1224-1 du Code du travail se contentant d'une référence on ne peut plus laconique à « *une modification dans la situation juridique de l'employeur* », les juges ont dû déterminer les conditions dans lesquelles ce texte est applicable, mission pour le moins complexe eu égard à l'hétérogénéité des situations rencontrées par les juges du fait de « l'inventivité illimitée des agents économiques »⁷, soucieux d'adapter l'organisation et le fonctionnement de leur entreprise aux mutations conjoncturelles ainsi qu'aux nouveaux modes de gestion. De même, l'évolution qu'a connue

¹ H. BLAISE, « Continuité de l'entreprise : Flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail », Dr. soc. 1984, p. 91.

² P.-H. ANTONMATTEI, « La saga de l'article L. 122-12 alinéa 2, du Code du travail le nouvel épisode du transfert partiel du contrat », SSL 3 sept. 2001, n° 1040, p. 6 et « Externalisations et article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail suite d'une nouvelle saga », Dr. soc. 2001, p. 13.

³ P.-H. ANTONMATTEI, « Externalisations et applications de l'article L. 122-12 du Code du travail : le clash ! », SSL 2000, n° 996, p. 7.

⁴ H. BLAISE, « L'article L.122-12 dans la tourmente », Dr. soc. 1986, p. 837.

⁵ B. BOUBLI « Mystères et misères de l'article L. 122-12 », TPS 3/2003, p. 5.

⁶ P. BAILLY, « Le flou de l'article L 122-12, alinéa 2 du Code du travail », Dr. soc. 2004, p. 366.

⁷ P. BAILLY, article préc.

le tissu économique et entrepreneurial français de 1928 à nos jours n'a guère facilité l'appréhension par les juges de la notion d'entreprise qui, à l'époque, était sensiblement différente des firmes multinationales intégrées à de grands groupes que nous connaissons aujourd'hui.

La délimitation du champ d'application matériel de l'article L. 1224-1 du Code du travail a ainsi évolué au fil des multiples joutes interprétatives auxquelles se sont livrées Cour de cassation et CJUE afin de déterminer les restructurations par-delà lesquelles les contrats de travail doivent impérativement être maintenus¹. Ainsi, pour que la poursuite des contrats et, partant, le maintien de l'emploi, s'imposent au repreneur en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du travail, il est nécessaire que l'entreprise objet du transfert remplisse certaines conditions ; c'est sans doute sur ce point que le flou est le plus intense et les divergences entre juges nationaux et communautaires les plus vives (§ 2). Par ailleurs, pour ce qui concerne les conditions relatives au transfert lui-même, ce dernier est en quelque sorte indifférent, seul importe le fait qu'il ne remette pas en cause la continuité de l'entreprise transférée (§ 3). Enfin, pour que le contrat de travail soit effectivement transmis au nouvel employeur encore faut-il qu'il satisfasse lui aussi certaines conditions (§ 1).

¹ S'agissant du champ d'application géographique de l'obligation de maintenir les contrats de travail, il convient d'indiquer que l'article L. 1224-1 s'applique en cas de cession transfrontalière d'une entité économique autonome s'opérant entre une société allemande et une société française ainsi qu'en a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mars 2006 (Cass. soc. 28 mars 2006, n° 03-43.995, JCP S 2006, n° 46, 1889, note P. MORVAN). L'article L. 1224-1 s'applique en effet à tout transfert remplissant les conditions d'application de ce texte dès lors que la loi française, en tant que *lex contractus* ou *lex loci laboris*, régit le contrat de travail, et lorsque le transfert s'opère au sein du territoire français. Par ailleurs, dans la mesure où la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 est « applicable si et dans la mesure où l'entreprise, l'établissement ou la partie d'établissement à transférer se trouve dans le champ d'application territorial du traité » instituant l'Union européenne (Dir. n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, art. 1^{er}, § 2, préc.) elle a vocation à régir tout transfert d'une entité économique autonome réalisée au sein du territoire communautaire. Pour de plus amples développements relatifs au maintien des contrats de travail dans le cadre de cessions transfrontalières, V. P. MORVAN, note préc., et P. MORVAN, « L'article L. 122-12 du Code du travail à l'international », RJS 2004, p. 587.

§ 1 - Les conditions relatives aux contrats de travail.

Outre l'existence d'un transfert d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue et l'activité poursuivie ou reprise, il est nécessaire de déterminer quels contrats de travail sont susceptibles d'être transférés au nouvel employeur en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ce dernier fait référence « *aux contrats de travail en cours au jour de la modification* ». Il est donc indispensable, pour que ce texte reçoive application, d'une part que les contrats de travail soient en cours au jour du transfert (A) et d'autre part que les salariés soient affectés à l'entité économique autonome objet du transfert (B).

A - L'exigence de contrats de travail en cours au jour du transfert.

L'article L. 1224-1 du Code du travail a vocation à protéger les salariés contre les vicissitudes de la vie de leur entreprise. Il est donc impératif, pour que ce texte soit applicable, qu'existent des contrats de travail peu important leur nature (1), mais aussi qu'ils soient en cours d'exécution au moment où intervient la restructuration (2).

1 - Des contrats de travail.

626. Selon la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, la notion de « *travailleur* » bénéficiant de la protection issue de ce texte s'entend de « *toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi* »¹. La directive ajoute qu'elle « *ne porte pas atteinte au droit national en ce qui concerne la définition du contrat ou de la relation de travail* »². La délimitation des bénéficiaires de la directive semble donc relever exclusivement de la compétence des Etats membres. Pour autant, ces derniers ne disposent pas d'une liberté absolue en la matière. En effet, la directive précise qu'ils ne sauraient exclure du bénéfice de sa protection des salariés

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 2, § 1, d.

² Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 2, § 2.

titulaires d'un contrat de travail « *uniquement du fait du nombre d'heures de travail effectué ou à effectuer* »¹ ou du seul fait que le salarié est titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée² ou d'un contrat de travail intérimaire³.

627. Interprétation accueillante de la notion de contrat relevant de l'article L. 1224-1 du Code du travail. S'agissant des contrats susceptibles d'être transférés, la Cour de cassation a une position relativement souple, admettant l'application de ce texte à des contrats dont la validité est subordonnée à la réalisation d'actes juridiques extérieurs tels qu'une habilitation ou un agrément des pouvoirs publics⁴. La notion de contrat de travail susceptible d'être transféré en application de L. 1224-1 du Code du travail est donc relativement large.

Par ailleurs, dans la mesure où cet article « *interprété au regard de la directive 77/187 du 14 février 1977, est applicable à toutes les personnes qui, selon le droit du travail national sont protégées en tant que travailleurs* », la Cour de cassation l'applique aux salariés agricoles⁵ ainsi qu'aux personnes qui sont salariées en vertu d'une présomption légale⁶.

Dans la mesure où il est indispensable que soit reconnue la qualité de salarié et, partant, constatée l'existence d'un contrat de travail, si le cumul d'un tel contrat avec un

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 2, § 2, a.

² Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 2, § 2, b.

³ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 2, § 2, c.

⁴ Il en va ainsi du contrat d'apprentissage. La Cour de cassation a en effet admis le transfert des contrats d'apprentissage en application de L. 1224-1, peu important qu'au moment de la cession le nouvel employeur n'ait pas reçu l'agrément obligatoire en vertu du régime antérieur à la loi du 20 décembre 1993 (Cass. soc., 4 mars 1982, Bull. civ. V, n° 146 ; JCP 1982, I, 10885, obs. B. TEYSSIE ; Cass. soc., 31 oct. 1989, Bull. civ. V, n° 621 ; Cass. soc., 7 mars 2001, RJS 5/2001, n° 570 ; Cass. soc., 28 mars 1996, Bull. civ. V, n° 125 ; RJS 1996, n° 582 ; Loi n° 93-1313, du 20 déc. 1993, quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, JORF 21 déc. 1993, p. 17769.) Depuis lors, l'agrément a été remplacé par une déclaration de l'employeur, et l'article L. 6225-2 du Code du travail dispose désormais qu'en « cas d'opposition à l'engagement d'apprentis, l'autorité administrative décide si les contrats en cours peuvent être exécutés jusqu'à leur terme. Il en va de même en cas de transfert des contrats de travail dans le cas prévu à l'article L. 1224-1, en l'absence de déclaration par l'employeur de la nouvelle entreprise ».

De même, la Cour de cassation a estimé que le contrat de qualification, remplacé depuis le 1er octobre 2004 par le contrat de professionnalisation était justiciable de l'article L. 1224-1. Il semble que la jurisprudence relative au premier soit transposable au second (Cass. soc., 3 mars 1998, Bull. civ. V, n° 116 ; Loi n° 2004-391, du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF 5 mai 2004, p. 7983.)

S'agissant des contrats initiative emploi (CIE), l'article R. 5134-96 du Code du travail dispose qu'en cas « de modification de la situation juridique de l'employeur au sens de L. 1224-1, le nouvel employeur peut être autorisé par [le Pôle emploi] à être substitué dans les droits de l'employeur signataire de la convention. Cette autorisation est subordonnée au respect par le nouvel employeur des conditions fixées à l'article L. 5134-68 ».

⁵ Cass. ass. pl., 21 janv. 1964 ; JCP 1964, II, 13554.

⁶ Il en va ainsi, en application de l'article L. 7321-1 du Code du travail, des gérants salariés de succursales tels que définis à l'article L. 7321-2 dudit Code, sauf s'ils ont la qualité de directeur de l'établissement (Cass. soc., 12 juil. 2005 ; JCP S 2005, n° 16, 1263, note J.-F. CESARO. RJS 11/05, n° 1161.). De même, l'article L. 1224-1 s'applique aux VRP en vertu des articles L. 7311-1 et suivants du Code du travail (Cass. soc., 11 mars 1961, Bull. civ. IV, n° 236 ; Cass. soc., 5 juil. 1967, Bull. civ. IV, n° 566 ; Cass. soc., 19 juil. 1981, Bull. civ. V, n° 144.).

mandat social est admis, l'article L. 1224-1 doit recevoir application. Ce n'est donc que dans les hypothèses où le droit français valide ce cumul que le transfert du contrat de travail dont est titulaire le mandataire social est envisageable¹. À ce titre, la qualité de mandataire social², pas plus que celle d'associé d'une société à responsabilité limitée, ne fait pas obstacle à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail dès lors que ses conditions d'application sont réunies, sauf fictivité du contrat de travail qu'il appartient à celui qui l'invoque de prouver³.

628. Exclusion de l'application de l'article L. 1224-1 à certains contrats de travail.

Bien que titulaires d'un contrat de travail, les employés de maison, parce qu'ils travaillent au domicile de leur employeur et non dans une « entreprise », ne bénéficient pas des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail en cas de décès de leur employeur⁴. De même, si, lorsqu'un agent public est détaché auprès d'un employeur privé, la jurisprudence considère qu'ils sont liés par un contrat de travail⁵, ce contrat ne saurait être transféré à un autre employeur en application des dispositions des articles L. 1224-1 ou L. 1224-3 du Code du travail⁶. En effet, la considération de la personne auprès de laquelle est détaché un fonctionnaire constitue un élément déterminant du détachement qui ne peut être modifié que par l'administration ayant pouvoir de nomination⁷.

Pour que l'article L. 1224-1 du Code du travail puisse recevoir application, le contrat de travail doit être en cours à la date de la restructuration.

¹ Sur le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, V. P. MORVAN, *opus* préc., n° 119 et s.

² Cass. soc., 13 nov. 2001, Bull. civ. V, n° 341 ; Dr. soc. 2002, p. 115, obs. G. COUTURIER ; pour une application de l'article L. 1224-1 du Code du travail au contrat de travail d'un salarié par ailleurs administrateur de la société cédée V. Cass. soc., 14 mai 1997, Bull. civ. V, n° 169.

³ Cass. soc., 30 avril 2014, n° 12-35.219, à paraître au Bulletin ; G. AUZERO, « Transfert du contrat de travail apparent de l'associé d'une SARL », Lexbase éd. soc. 2014, n° 570 du 15 mai 2014, N° LXB : N2162BUM ; JCP S 2014, act. 188, note N. LEGER ; JCP S 2014, 1340, comm. C. PUIGELIER.

⁴ Cass. soc., 5 déc. 1989, Bull. civ. V, n° 695 ; D. 1990, IR. 11.

⁵ Cass. ass. pl., 20 déc. 1996, Bull. Ass. pl. n° 10 ; Dr. soc., 1997, p. 710, obs. J.-F. LACHAUME ; D. 1997, jurispr. p. 275, note Y. SAINT-JOURS. V. également T. confl., 10 mars 1997, n° 03065, Rec. CE, 1997, p. 526 ; Dr. adm., 1997, comm. 206 ; RD publ., 1998, p. 243, note J.-M. AUBY ; Cass. soc., 15 juin 2010, Bull. civ. V, n° 139 ; JCP éd. S, 2010, 1368, note C. PUIGELIER, RDT, 2010, p. 510, obs. F. DEBORD. Il convient de préciser qu'une mise à disposition d'un agent public auprès d'une personne morale de droit privé n'implique pas pour sa part l'existence d'un contrat de travail entre l'agent mis à disposition et la personne privée, V. Cass. soc., 29 sept. 2014, n° 13-11.191, à paraître au Bulletin, JCP S 2014, act. 364.

⁶ Cass. soc., 8 avr. 2014, n° 12-35.425, à paraître au bulletin ; JCP G 2014, 509, veille par C. LEFRANC-HAMONIAUX ; S. TOURNAUX, « Agent public détaché et règles relatives au transfert du contrat de travail », Lexbase hebdo éd. soc. 2014, n° 568, N° LXB : N1968BUG.

⁷ Cass. soc., 8 avr. 2014, n° 12-35.425, préc.

629. L'article L. 1224-1 du Code du travail et la directive réservent leur application aux seuls contrats de travail « *en cours au jour de la modification* » pour le premier et à ceux « *existant à la date du transfert* » pour la seconde¹. Dès lors, les salariés ayant déjà quitté l'entreprise à cette date ne peuvent se prévaloir du transfert de leur contrat selon la CJUE², pas plus que ceux qui ont été licenciés antérieurement à la réalisation de la restructuration, sous réserve de la fraude³. Ainsi, dans la mesure où est en cours le contrat d'un salarié qui, au moment du transfert, exécute son préavis après avoir été régulièrement licencié⁴, il passe au service du repreneur en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, mais seulement pour la durée du préavis restant à courir⁵. De même, le détachement d'un salarié n'affectant en rien l'existence du contrat de travail qui le lie à l'entreprise cédante, ce dernier se poursuit avec le cessionnaire en vertu de l'effet translatif attaché à L. 1224-1 du Code du travail⁶.

Par ailleurs, lorsqu'un contrat de travail est suspendu, il n'en est pas moins en cours, et se trouve donc transféré au nouvel employeur dès lors que les conditions d'application de ce texte sont réunies. Le motif de la suspension importe peu. La substitution d'employeurs induite par l'article L. 1224-1 du Code du travail doit avoir lieu en présence d'un contrat de travail suspendu suite à un accident du travail⁷, à l'acquisition par le salarié de la qualité de mandataire social⁸, à un congé maternité ou parental⁹, à un congé sans solde ou à un congé réflexion-orientation¹⁰. Dès lors que le contrat est suspendu, il est en cours.

De même, si le contrat de travail du salarié a été rompu avant le transfert, et que cette rupture a été annulée, la rétroactivité attachée à l'annulation implique que le salarié n'a jamais cessé d'être membre du personnel de l'entreprise cédée. Son contrat de travail, toujours en cours au jour de la restructuration, doit donc être transféré au cessionnaire, auprès duquel il

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 3, § 1.

² CJCE, 7 fév. 1985, aff. C-19/83, *Wendelboc*, Rec. p. 457 ; CJCE, 17 déc. 1987, aff. C- 287/86, *Ny Mølle Kro*, Rec. p. 5465 ; D. 1989, somm. p. 165, 1^{ère} esp., obs. A. JEAMMEAUD.

³ Cass. soc., 21 fév. 1990 ; RJS 1990, n° 279 ; Cass. soc., 6 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 475 ; RJS 1991, n° 1296 ; Cass. soc., 26 fév. 1992 ; Bull. civ. V, n° 129.

⁴ Cass. soc., 6 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 475 ; RJS 1991, n° 1296.

⁵ Cass. soc., 24 janv. 1990, Bull. civ. V, n° 23 ; RJS 1990, n° 93 ; Cass. soc., 4 juil. 2012, n° 10-26.504, Dr. soc. 2012, p. 948, obs. A. MAZEAUD.

⁶ Cass. soc., 14 mai 1997, Dr. soc. 1997, p. 736, obs. A. MAZEAUD ; TPS 1997, comm. 206, obs. P.-Y. VERKINDT ; RJS 1997, n° 951 ; Cass. soc., 24 juin 2009, n° 07-45.245, RJS 11/09, n° 837.

⁷ Cass. soc., 8 fév. 1989, Bull. civ. V, n° 103.

⁸ Cass. soc., 30 oct. 2001, RJS 1/02, n° 102.

⁹ Cass. soc., 17 nov. 1998, Juris-Data n° 1998-004564.

¹⁰ Cass. soc., 27 mai 2009, n° 08-42.555, JCP S 2009, n° 31, 1357, comm. P. MORVAN.

peut solliciter sa réintégration¹. Ainsi, dès lors qu'on est en présence d'un transfert justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, les contrats de travail en cours au jour de l'opération doivent être transférés à la condition toutefois d'être affectés à l'entité objet du transfert.

B - L'affectation des salariés à l'entité cédée.

Pour que l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique, encore faut-il que le salarié soit affecté à l'entreprise objet du transfert. L'affectation des salariés à l'entité joue un double rôle dans la détermination de l'application, ou non, de ce texte. Tout d'abord, nous le verrons, le fait qu'une collectivité de salariés soit spécialement affectée à l'entreprise objet du transfert constitue une condition *sine qua non* de la caractérisation d'une entité économique autonome, indispensable à l'application du texte. Ensuite, en cas de transfert d'une partie seulement de l'entreprise, l'affectation des salariés permet de déterminer quels salariés doivent passer au service du repreneur (1), étant précisé qu'en présence d'une cession partielle le droit social subordonne le transfert des salariés protégés à l'obtention d'une autorisation administrative (2).

1 - L'affectation des salariés, condition suffisante au transfert des contrats des salariés « ordinaires ».

630. Si le transfert porte sur une entreprise ou un établissement dans son entier, la question de l'affectation des salariés à l'entité objet du transfert soulève moins de difficultés² que lorsque n'est cédé qu'un atelier ou l'un des services de l'entreprise. En pareille hypothèse, seuls les salariés effectivement affectés à la partie cédée sont transférés. La Cour de cassation a ainsi estimé qu'un nouveau concessionnaire ne saurait être tenu de reprendre une salariée secrétaire comptable dès lors que cette dernière n'est pas affectée « *exclusivement* » à l'activité cédée³. La référence à une affectation exclusive est équivoque puisque la Cour de cassation admet par ailleurs l'éventualité qu'un salarié soit affecté à plusieurs entités, le transfert de l'une d'entre elles se traduisant alors par un démembrement de son contrat dont seule la partie affectée à l'entité cédée est transférée. Pour que l'article

¹ Cass. soc., 21 fév. 1981, Bull. civ. V, n° 168 ; Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-40.976, à propos d'une salariée licenciée en méconnaissance du statut protecteur des victimes d'accident du travail.

² En ce sens, A. MAZEAUD, « L'affectation des salariés pour partie à l'entité transférée (article L. 1224-1, C. trav.) », Dr. soc. 2009, p. 265.

³ Cass. soc., 17 oct. 2006, RJS 1/07, n° 15.

L. 1224-1 du Code du travail reçoive application, il est indispensable qu'un véritable lien unisse le salarié à l'entité, le fameux « lien d'entreprise »¹ qui se superpose au lien personnel unissant le salarié à la personne de l'employeur. C'est pourquoi, si le salarié ne travaille que de façon intermittente ou occasionnelle au service de l'entité transférée, son contrat de travail ne saurait être transmis en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail².

631. À l'inverse, si le contrat de travail du salarié s'exécute « *pour l'essentiel* » sur le secteur d'activité cédé, son contrat sera transféré dans son ensemble au cessionnaire³. Il en va ainsi également lorsque les salariés sont affectés à la partie cédée de l'entreprise « *pour l'exécution de leur tâche habituelle* »⁴. En dépit des inconvénients majeurs et des difficultés induites par la scission du contrat de travail d'un salarié affecté pour partie à l'entité cédée, la Cour de cassation estime que l'article L. 1224-1 du Code du travail doit recevoir application pour la partie du contrat de travail du salarié affectée au service cédé.

Ainsi, dès lors qu'est caractérisée l'affectation spéciale et permanente d'une partie significative de l'activité du salarié à l'entité cédée, son contrat de travail est transmis au nouvel employeur pour cette partie en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Le contrat sera repris dans son ensemble si le salarié effectue la totalité, voire l'essentiel, de sa prestation auprès du service transféré. Il appartient alors aux juges du fond de constater l'affectation du salarié à l'entité objet du transfert. La simple réalisation de tâches occasionnelles au service de l'entité ne suffit pas à caractériser une telle affectation⁵. À ce titre, la présence dans le contrat de travail du salarié d'une clause de mobilité ne saurait à elle seule caractériser le fait que le salarié n'effectue qu'une mission au service de l'entité, dès lors que ce dernier y exécute exclusivement son activité professionnelle depuis deux ans⁶.

Si l'affectation du salarié à l'entité cédée est une condition nécessaire à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le transfert du contrat d'un salarié affecté à l'entité dont la cession est prévue, dans le seul but de le voir quitter l'entreprise, ne saurait quant à lui avoir lieu⁷ ; *Fraus omnia corrumpit*. Il en va ainsi lorsqu'une société ayant appris la perte de la

¹ A. BRUN, « Le lien d'entreprise », JCP 1962, 1719.

² Cass. soc., 24 juin 2009, préc. ; CA Paris, 2 juin 1995 ; RJS 1995, n° 989. À ce titre, la CJUE a estimé que ne relevaient pas de la directive les contrats de travail de salariés qui n'appartenaient pas à l'entité cédée, même s'ils usaient des moyens d'exploitation de cette dernière pour réaliser certaines activités, ou qui, appartenant au service administratif de l'entreprise non-transférée, étaient juste amenés à effectuer certaines tâches au profit de l'entité transférée ; CJCE, 7 fév. 1985, aff. C-186/83, *Botzen*, Rec., p. 519.

³ Cass. soc., 30 mars 2010, n°08-42.065 ; Cass. soc., 10 janv. 1995, RJS 1995, n° 108.

⁴ Cass. soc., 24 juin 2009, préc.

⁵ Cass. soc., 24 juin 2009, n° 07-45.245, *a contrario* ; CA Paris 2 juin 1995, RJS 1995, n° 989.

⁶ Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.188, JCP S 2006, n° 1, 1004, note R. VATINET.

⁷ Cass. soc., 29 mai 1991, RJS 1991, n° 813.

gestion d'un restaurant d'entreprise décide d'y muter trois salariés dans l'unique objectif de les voir passer au service du repreneur¹. Dans une telle hypothèse, le transfert des contrats sera paralysé par la fraude ainsi réalisée et la société cédante restera l'employeur des salariés.

Afin d'éviter ce type de tentations frauduleuses s'agissant des salariés protégés, le droit social leur offre une protection spécifique en cas de transfert partiel.

2 - Le transfert des salariés protégés en cas de cession partielle.

632. Si l'article L. 1224-1 du Code du travail emporte de plein droit transfert au nouvel employeur des contrats des salariés protégés en cas de cession totale de l'entreprise, il n'en va pas de même en cas de transfert partiel. Soucieux d'éviter qu'une telle restructuration ne soit l'occasion pour un employeur peu scrupuleux de « se débarrasser » des salariés investis d'un mandat représentatif en les affectant à l'entité cédée, le législateur a institué une procédure spéciale de protection. Ainsi, les articles L. 2414-1 et L. 2421-9 du Code du travail subordonnent la transmission de leur contrat, en cas de transfert partiel², à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, y compris dans le cadre d'une procédure collective³. L'autorisation administrative du transfert est requise dès lors qu'au jour où la cession partielle a pris effet le salarié était un salarié protégé, peu important que la conclusion de l'acte de

¹ Cass. soc., 29 mai 1991, préc.

² L'article L. 2414-1 du Code du travail soumet à la procédure d'autorisation administrative en cas de cession partielle le transfert des contrats des salariés investis d'un mandat : de délégué syndical et ancien délégué syndical ayant exercé ses fonctions pendant au moins un an, délégué du personnel, membre élu du comité d'entreprise ; représentant syndical au comité d'entreprise, membre du groupe spécial de négociation et membre du comité d'entreprise européen, membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société européenne, membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société coopérative européenne, membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société issue de la fusion transfrontalière, représentant du personnel ou ancien représentant au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, représentant du personnel d'une entreprise extérieure, désigné au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue au IV de l'article L. 515-8 du code de l'environnement ou mentionnée à l'article L. 211-2 du code minier, membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture prévue à l'article L. 717-7 du code rural et de la pêche maritime, représentant des salariés dans une chambre d'agriculture mentionné à l'article L. 515-1 du code rural et de la pêche maritime, salarié mandaté dans les conditions prévues à l'article L. 2232-24, dès que l'employeur a connaissance de l'imminence de sa désignation, ou ancien salarié mandaté, durant les douze mois suivant la date à laquelle son mandat a pris fin. Lorsqu'aucun accord n'a été conclu à l'issue de la négociation au titre de laquelle le salarié a été mandaté, le délai de protection court à compter de la date de fin de cette négociation matérialisée par un procès-verbal de désaccord. Etant précisé que cette protection bénéficie également aux candidats aux élections, Cass. soc., 8 juin 1999, Bull. civ. V, n° 272 ; JCP G 1999, II, 10148, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; RJS 7/99, n° 943.

³ Cass. crim., 30 janv. 1996, Bull. crim., n° 54 ; Rev. sc. crim. 1996, p. 870, obs. A. CERF.

cession ait eu lieu postérieurement, à une date où sa protection avait pris fin¹. Par ailleurs, cette procédure étant d'ordre public, le salarié protégé ne saurait y renoncer par avance².

633. Champ d'application de la protection. Cette procédure spécifique a vocation à s'appliquer en cas de « *transfert partiel d'entreprise ou d'établissement* »³, y compris lorsque ce dernier est réalisé non pas en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail mais en application d'une convention collective⁴. Si le transfert d'un seul établissement de l'entreprise constitue par définition un transfert partiel d'entreprise, on a pu en revanche s'interroger sur ce que recouvrait la notion de transfert partiel d'établissement. À ce titre, la Cour de cassation estime que « *le transfert de la totalité des salariés employés dans une entité économique doit être regardé comme un transfert partiel d'établissement au sens de [l'article L. 2414-1 du Code du travail], imposant l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail pour le transfert d'un salarié titulaire d'un mandat représentatif, dès lors que l'entité économique transférée ne constitue pas un établissement au sein duquel a été mis en place un comité d'établissement* »⁵. Cette solution peut surprendre à plusieurs titres. En premier lieu, l'exigence d'une autorisation administrative de transfert du contrat d'un salarié protégé étant destinée à s'assurer que ce salarié n'est pas victime d'une discrimination, il peut de prime abord sembler superfétatoire de solliciter une autorisation administrative lorsque l'ensemble du personnel de l'établissement est transféré. Toutefois, non seulement il appartient à l'inspecteur du travail, et à lui seul, d'apprécier le risque de discrimination inhérent au transfert partiel, aussi faible soit-il, mais surtout, le risque de discrimination n'est pas nul en cas de transfert de l'ensemble des salariés affectés à un établissement de l'entreprise puisque l'employeur, informé de la future cession, a pu sciemment et frauduleusement affecter le salarié protégé à l'entité, ou décider de transférer cette entité en considération de la présence de représentants du personnel. Ainsi, subordonner le transfert du salarié protégé à l'autorisation de l'inspecteur du travail en cas de cession de l'ensemble du personnel d'un établissement apparaît fondé au regard de l'esprit du texte, bien que sa lettre semble au contraire limiter cette procédure à la seule cession d'une partie d'établissement. En second

¹ Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-10.204, à paraître au Bulletin ; S. TOURNAUX, « Le licenciement « de fait » du salarié protégé transféré sans autorisation administrative », *Lexbase hebdo éd. soc.*, du 3 juil. 2014, N° LXB : N2960BU8 ; D. actu. du 15 juil. 2014, note B. INES ; JCP S 2014, 1345, comm. R. FAVRE.

² Cass. soc., 6 avr. 2004, RJS 7/04, n° 831.

³ Art. L. 2414-1, C. trav.

⁴ Cass. soc., 16 mars 1999, Bull. civ. V, n° 124 ; Cass. soc., 20 nov. 2002, Bull. civ. V, n° 349

⁵ Cass. soc., 15 nov. 2011, n° 10-15.294, Bull. civ. V, n° 265 ; Dr. soc. 2012, p. 305, obs. A. MAZEAUD. V ; également sur cette question A. MAZEAUD, « Transfert d'établissement distinct : de nouveaux enjeux portant sur les aspects collectifs », JCP S 2012, 1308.

lieu, alors même qu'eu égard à la finalité de l'article L. 2414-1 du Code du travail, il semblait *a priori* logique que la notion d'établissement s'entende d'un établissement distinct au sens de la représentation du personnel quelle qu'elle soit¹, la Cour de cassation crée une distinction selon l'instance représentative en place.

En effet, il ressort de la formulation adoptée par la Cour de cassation dans cet arrêt que toute cession de l'ensemble du personnel d'un établissement est un transfert partiel exigeant une autorisation administrative pour le transfert des salariés protégés, à l'exclusion du transfert d'un établissement distinct au sein duquel existe un comité d'établissement... Cette position apparaît pour le moins curieuse dans la mesure où cette restriction n'est pas prévue par l'article L. 2414-1 du Code du travail qui ne fait aucune distinction selon l'institution représentative mise en place au sein de l'établissement. Cette solution méconnaît ainsi l'adage *Ubi lex non distinguit nec nos debemus distinguere*. De surcroît, si cette position est sans doute fondée sur le fait que le transfert d'un établissement doté d'un comité peut laisser présumer qu'il conservera son autonomie au sein de l'entreprise cessionnaire et qu'ainsi les mandats des salariés protégés et les instances représentatives seront maintenus², elle n'en est pas moins regrettable à plusieurs points de vue. Non seulement, l'existence d'un comité d'établissement au sein de l'établissement transféré ne garantit nullement le maintien de son autonomie chez le repreneur, mais de surcroît le salarié protégé transféré sans qu'une autorisation administrative ne soit requise, peut être titulaire de mandats à un niveau supérieur (par exemple être élu du comité central d'entreprise). Le risque de discrimination ne peut donc pas être écarté dans une telle situation.

634. Procédure d'autorisation. Dès lors qu'un salarié protégé est compris dans un transfert partiel, l'employeur est tenu d'adresser une demande d'autorisation de transfert à l'inspecteur du travail au moins quinze jours avant la date fixée pour la cession³. Ce dernier dispose alors d'un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande pour statuer sur cette dernière⁴. Tout d'abord, il appartient à l'inspecteur du travail de s'assurer que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont bien réunies et, à ce

¹ En ce sens, A. MAZEAUD, obs. sous Cass. soc., 15 nov. 2011, Dr. soc. 2012, p. 305.

² C'est d'ailleurs le raisonnement qu'avait adopté la Cour d'appel d'Aix en Provence pour décider que le transfert de la salariée protégée ne nécessitait pas d'autorisation administrative (CA Aix-en-Provence, 9 fév. 2010) ; pour ce qui concerne les conditions du maintien des mandats des représentants du personnel et des instances représentatives.

³ Art. R. 2421-17 C. trav.

⁴ Ce délai peut être prolongé si une enquête contradictoire indispensable le justifie. Il notifie sa décision à l'employeur ainsi qu'à l'organisation syndicale intéressée lorsqu'il s'agit d'un représentant syndical, Art. R. 2421-11 et R. 2421-12 C. trav.

titre, que le salarié protégé est effectivement affecté à l'entité objet du transfert partiel¹ ; à défaut, il refusera l'autorisation. Ensuite, l'inspecteur du travail doit vérifier que le salarié protégé « *ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire* »². Si l'inspecteur du travail peut fonder son refus d'autorisation sur le caractère discriminatoire de l'opération envisagée, en revanche, il ne saurait invoquer à l'appui de ce refus des motifs d'intérêt général tenant notamment au bon fonctionnement des institutions représentatives, une telle faculté étant réservée à la procédure d'autorisation d'un licenciement³. Par ailleurs, si l'inspecteur du travail peut, dans le cadre de son enquête, recueillir les observations de l'entrepreneur cessionnaire, futur employeur du salarié protégé en cas d'autorisation de transfert, aucun texte ne l'y oblige⁴.

635. Lorsque l'inspecteur du travail autorise le transfert du contrat du salarié protégé, celui-ci s'opère automatiquement à la date de notification de la décision administrative⁵. Une fois cette autorisation délivrée, le juge judiciaire ne saurait, sans violer le principe de séparation des pouvoirs, remettre en cause l'appréciation administrative de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁶, ce qui peut conduire à des situations ubuesques dans lesquelles le transfert des contrats des salariés protégés s'imposerait du fait de l'autorisation administrative, tandis que les salariés « ordinaires » resteraient au service du cédant si le juge judiciaire conclut, pour sa part, à l'inapplication de l'article L. 1224-1 du Code du travail...

636. En revanche, faute d'autorisation administrative, ou en cas d'annulation de cette dernière, la substitution d'employeurs ne saurait avoir lieu. Le cédant est tenu de conserver le salarié protégé à son service et de lui proposer un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans une autre entité de l'entreprise⁷. Si le contrat du salarié protégé est transmis au nouvel employeur en l'absence d'autorisation administrative, la mesure de transfert est nulle⁸. Seul le salarié protégé peut se prévaloir des effets d'une absence d'autorisation

¹ CE, 15 juin 2005, JCP E 2005, 1838, note S. BEAL et FERREIRA

² Art. L. 2421-9, C. trav.; CE, 20 mai 1988, Rec. CE, p. 201 ; Dr. soc. 1990, p. 199.

³ CE 20 mai 1988, préc. ; CE 12 oct 1990, RJS 1991, n° 214.

⁴ CE, 4° et 5° s-s-r. 28 mars 2013, n° 350436.

⁵ Cass. soc., 27 juin 2002, Bull. civ. V, n° 221 ; RJS 11/02, n° 1257.

⁶ Cass. soc., 17 juin 2009, Bull. civ. V, n° 154 ; Cass. soc., 3 mars 2010, JCP S 2010, 1221, note J.-Y. KERBOUC'H ; RDT 2010, p. 246, obs. E. SEVERIN.

⁷ Art. L. 2421-9 C. trav. ; le salarié protégé peut demander à être maintenu dans son emploi aux mêmes conditions de travail et de rémunération, en ce sens Cass. soc., 21 nov. 2002, Bull. civ. V, n° 349.

⁸ Cass. soc., 24 nov. 1992, RJS 1994, n° 54.

administrative au transfert de son contrat¹, le cessionnaire ne saurait donc invoquer la méconnaissance de la procédure spéciale pour refuser de poursuivre le contrat du salarié ou se soustraire à l'action du salarié tendant à faire déclarer son licenciement sans cause réelle et sérieuse². À défaut d'autorisation administrative, le transfert du contrat du salarié étant nul, il ne peut dès lors être contraint de fournir une prestation de travail au cessionnaire³. Surtout, il a droit à réintégration chez le cédant dans un emploi similaire, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité correspondant aux salaires qu'il aurait dû percevoir entre son transfert illicite et sa réintégration. Toutefois, il ne saurait cumuler cette indemnité avec les salaires qu'il a éventuellement perçus chez le repreneur⁴.

Par ailleurs, la Cour de cassation décide que lorsqu'en l'absence d'autorisation administrative, le cédant transfère le contrat d'un salarié protégé affecté à la partie de l'entreprise cédée, la rupture du contrat lui est imputable⁵. Surtout, elle a précisé, fort curieusement, que dans de telles circonstances il s'agissait d'une rupture de fait imputable au cédant donnant lieu au versement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse⁶. Il semble que la Cour de cassation déduise la volonté de l'employeur de rompre le contrat de travail du salarié protégé du fait qu'il le transfère alors même qu'il n'en a pas le droit, faute d'avoir obtenu l'autorisation administrative nécessaire. Si ce raisonnement peut se comprendre, il n'en reste pas moins qu'en toute logique le transfert étant nul, il n'a jamais eu lieu et cédant et salarié protégé devraient donc être toujours liés contractuellement. Ce sont les effets que la Cour de cassation fait produire à cette « rupture de fait » qui sont particulièrement incongrus d'un point de vue juridique. En admettant que le transfert illicite du contrat du salarié protégé traduise la volonté du cédant de rompre son contrat, cette rupture « de fait » devrait être nulle dans la mesure où, en l'absence d'autorisation administrative, la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé à l'initiative de l'employeur est nulle. On comprend dès lors difficilement la solution de la Cour de cassation approuvant, dans de telles circonstances, le versement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et

¹ Cass. soc., 10 mai 2001, Bull. civ. V, n° 162.

² Cass. soc., 10 mai 2001, Bull. civ. V, n° 162.

³ Cass. soc., 5 mai 1998, RJS 1998, n° 794.

⁴ Cass. soc., 28 mai 2003, RJS 8-9/2003, n° 1037 ; JCP E 2004, I, 145, n° 9, note S. MIARA ; à propos d'un transfert partiel d'entreprise non justiciable de L. 1224-1 ; en effet la Cour de cassation a décidé que la protection accordée aux salariés investis de mandats de représentation en cas de cession partielle d'entreprise s'applique y compris en cas de transfert conventionnel, Cass. soc., 16 mars 1999, Bull. civ. V, n° 124 ; Cass. soc., 20 nov. 2002, Bull. civ. V, n° 349.

⁵ Cass. soc., 31 mai 2011, JCP S 2011, 1432, note J.-Y. KERBOUC'H.

⁶ Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-10.204, à paraître au Bulletin ; S. TOURNAUX, « Le licenciement « de fait » du salarié protégé transféré sans autorisation administrative », Lexbase hebdo éd. soc., du 3 juil. 2014, N° LXB : N2960BU8 ; D. actu. du 15 juil. 2014, note B. INES.

sérieuse sur le fondement de l'article L. 1235-3 du Code du travail. Sans doute s'explique-t-elle par le fait que le pourvoi était formé par la société cédante qui mettait en cause l'illégalité de l'arrêt d'appel en ce qu'il lui imputait la rupture du contrat. Gageons que la solution eût été différente et juridiquement plus orthodoxe, si le salarié avait introduit un pourvoi incident tendant à faire reconnaître la nullité de la rupture...

Enfin, au-delà des sanctions civiles, le fait de transférer le contrat d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel d'entreprise en méconnaissance des dispositions relatives à la procédure d'autorisation administrative est constitutif d'un délit d'entrave puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende¹.

Ainsi, pour être susceptible de bénéficier de la protection résultant de l'article L. 1224-1 du Code du travail et de la directive du 12 mars 2001, il est indispensable que le salarié soit titulaire d'un contrat de travail en cours au jour du transfert, et ce, quel que soit le type de contrat dès lors qu'il est affecté à l'entité objet du transfert. Si les conditions relatives au contrat de travail indispensables à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont relativement claires, il n'en va pas de même s'agissant de celles relatives à l'entité objet du transfert.

§ 2 - Les conditions relatives à l'entreprise objet du transfert.

La jurisprudence relative aux caractéristiques que l'entreprise doit revêtir pour que la substitution d'employeurs s'impose en cas de transfert a connu une évolution pour le moins mouvementée qui s'explique sans doute parce que « l'entreprise est, pour le droit, une notion dont l'unité, voire la consistance sont problématiques »². La notion d'entreprise étant polymorphe³, il a fallu que les juges en élaborent une définition dédiée à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ainsi, pendant longtemps, se livrant à une analyse téléologique du texte, la Cour de cassation a eu une conception très large de l'entreprise, celle-ci se résumant en définitive à l'activité qu'elle exploitait. Dès lors que cette activité était cédée, le transfert des contrats devait avoir lieu. Cependant, l'application de la théorie de

¹ Art. L. 2431-1 à L. L. 2434-4 C. trav.

² J.-F. CESARO, « La notion de transfert d'entreprise », Dr. soc. 2005, p. 718 ; V. également G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », Dr. soc. 2005, p. 68.

³ En ce sens H. BLAISE, « L'article L.122-12 dans la tourmente », Dr. soc. 1986, p 841.

l'entreprise-activité, contraire à la jurisprudence européenne, fût abandonnée par la Cour de cassation notamment à cause de ses effets potentiellement pervers (A). Désormais, il ressort des jurisprudences de la CJUE et de la Cour de cassation que le maintien des contrats de travail s'impose au nouvel employeur dès lors que l'objet transfert est une entité économique autonome (B).

A - L'abandon de la théorie de l'entreprise-activité.

637. À l'origine, la Cour de cassation a fait prévaloir la conception de l'entreprise-activité dans le souci d'assurer la stabilité de l'emploi des salariés. L'entreprise était donc conçue comme une simple exploitation d'activité. Comme l'illustre l'arrêt *Goupy*¹, dès lors que la même activité économique était poursuivie sous une direction nouvelle, la cession des contrats de travail s'imposait. Faire de l'identité de l'activité avant et après l'opération, voire de sa simple similarité ou connexité, la condition d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail revenait finalement à décider que l'existence des mêmes possibilités d'emploi avant et après le transfert suffisait à imposer le changement d'employeur. L'interprétation téléologique du texte adoptée par la Cour de cassation consacrant la primauté de la conception de l'entreprise-activité fut vivement critiquée du fait de ses nombreux effets pervers tant d'un point de vue économique que social.

638. Inconvénients de la théorie de l'entreprise-activité. Au-delà du fait que, sous l'empire de cette jurisprudence, l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail n'était conditionné que par le critère d'identité d'emplois sans que la notion d'entreprise ne soit ni sollicitée, ni définie, cette conception avait des conséquences particulièrement néfastes notamment en cas d'externalisation ou de succession de prestataires de services. Les pratiques d'externalisation, particulièrement en vogue à l'heure actuelle², consistent à confier une activité accessoire de l'entreprise, comme le nettoyage de ses locaux ou la restauration de son personnel, exécutée jusque-là par ses salariés, à un prestataire de services extérieur avec lequel elle conclut un contrat d'entreprise. Nombre de contrats de prestation de services étant

¹ Cass. civ., 27 fév. 1934, *Goupy*, préc.

² Notamment parce qu'avec la financiarisation de l'économie les investisseurs et les marchés financiers réclament plus de transparence sur la source de la création de valeur et partant un recentrage sur l'activité principale de l'entreprise et l'externalisation des activités annexes et services accessoires ; sur cette question V. C. HANOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », RDT 2008, p. 288 ; C. HANOUN, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », RDT 2010, p. 22.

conclus pour une durée déterminée, les entreprises ont la possibilité de ne pas les renouveler à l'échéance de leur terme, et de confier l'activité externalisée à un autre prestataire. Comme le souligne Patrick MORVAN « la perte d'un marché de prestation de services est une situation extrêmement fréquente en raison de la concurrence et de la durée de plus en plus courte des contrats (de plus en plus annuelle et non pluriannuelle) »¹. Retenir la conception de l'entreprise-activité pour appliquer l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne donc le transfert des contrats de travail des salariés lors de l'externalisation puis à chaque changement de prestataire de services, ce qui conduit à « verser dans le pointillisme, en ballottant les salariés d'un employeur à l'autre, au gré des vicissitudes affectant l'activité »².

Imposer le transfert des contrats de travail à chaque succession de prestataires de services présente également des inconvénients pour les entreprises entrante et sortante. En effet, si cette dernière perd un marché, cela ne signifie pas pour autant qu'elle cesse toute activité. Elle peut en effet avoir conclu d'autres contrats de prestation de services auxquels elle ne pourra affecter les salariés passés au service du repreneur. Par ailleurs, pour ce qui concerne celui-ci, certes, il remporte un nouveau marché, mais il est plus que probable qu'il ait déposé sa candidature en ayant déjà la main-d'œuvre nécessaire pour l'exécuter.

De surcroît, la théorie de l'entreprise-activité présente des désavantages pour le client. En effet, il se voit imposer le maintien du même personnel à son service alors même que c'est peut-être la mauvaise qualité de son travail qui a motivé sa décision de changer de prestataire.

Au-delà des multiples inconvénients qu'implique l'application de la théorie de l'entreprise-activité comme critère d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail pour les salariés, les clients et les entreprises entrante et sortante, une atteinte à la concurrence est également susceptible d'en résulter. En effet, seule l'entreprise sortante est en mesure de connaître le coût de la poursuite du marché puisqu'elle seule est au fait de la masse salariale qu'elle représente. Cet argument est loin d'être négligeable lorsque l'on sait que c'est sur ce fondement que le Conseil d'État a annulé en partie l'arrêté d'extension d'une convention collective conclue dans le secteur de l'eau et de l'assainissement³.

¹ P. MORVAN, « Application conventionnelle de L.122-12, et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement », JCP S 2006, 1964.

² A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 4^{ème} éd., coll. Domat droit privé, Montchrétien, 2004, n° 648, p. 474.

³ En l'espèce, pour pallier les incertitudes relatives à l'application ou non de l'article L. 1224-1 en cas de reprise d'un marché, les partenaires sociaux de ce secteur, à l'instar de nombreux autres, avaient stipulé l'obligation pour l'entreprise entrante sur un marché de reprendre les contrats de travail des salariés affectés à l'exploitation depuis au moins six mois par le sortant. Le Conseil d'État, pour annuler l'extension de l'article relatif au transfert conventionnel des contrats, a estimé que « compte tenu des caractéristiques propres du marché des services d'eau et d'assainissement », cette dernière était « de nature à dissuader les concurrents de présenter leur candidature et à aggraver les distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les soumissionnaires » et par là-même à « porter une atteinte excessive à la concurrence » ; CE 30 avr. 2003, req. n° 230804, concl. J.-H.

Dès lors, ne pouvant ignorer les nombreux inconvénients de cette position jurisprudentielle, la Cour de cassation a procédé à un revirement en deux temps. D'abord, dans un arrêt du 15 novembre 1985¹, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a abandonné l'application de la théorie de l'entreprise-activité comme critère de la cession impérative des contrats en cas de transfert en énonçant que la seule perte d'un marché ne saurait, à elle seule, imposer la substitution d'employeurs. Puis, dans les arrêts du 16 mars 1990², elle consacra la conception de l'entreprise-organisation pour l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Depuis lors, les juges nationaux, à l'instar de la CJUE, estiment que le maintien des contrats de travail s'impose à la condition que le transfert porte sur une entité économique autonome.

B - L'exigence d'une entité économique autonome.

639. Depuis 1998, l'article 1^{er}, § 1, b de la directive dispose que celle-ci s'applique chaque fois qu'est en cause le transfert d'une « *entité économique (...) entendue comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité que celle-ci soit essentielle ou accessoire* »³. C'est donc désormais la conception de l'entreprise-organisation qui prévaut pour l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, sans pour autant que cette conception « soit d'un usage plus précis et plus clair »⁴. À ce titre, plusieurs formulations relatives à la définition de l'entité économique sur laquelle doit porter le transfert se rencontrent sous la plume des différents juges. Ainsi, la CJUE, qui a inspiré la définition retenue par la directive, évoque tantôt une entité correspondant à « *un ensemble organisé*

STAHL, RJS 2003, n° 1043 ; AJDA 2003, p. 1150, note F. DONNAT et D. CASAS ; Dr. adm. 2003, comm. 123, note M. BAZEX et S. BLAZY ; P. SUBRA DE BIEUSSES, « A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 avr. 2003, Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement », AJDA 2003, p. 849 ; P.-H. ANTONMATTEI et S. DESTOURS, « Conventions collectives et droit de la concurrence : nouvelle rencontre », Dr. soc. 2003, p. 999.

Le Conseil d'Etat s'accorde donc avec le Conseil de la concurrence qui avait estimé que compte tenu de la domination ou de la tendance à la domination de trois grands groupes dans ce secteur, l'obligation de reprendre les salariés de l'entreprise sortante pouvait dissuader les concurrents de moindre importance de se porter candidat, le coût de cette charge salariale étant sensiblement différent pour des entreprises de plus ou moins grande taille (Cons. conc., 4 déc. 2000, avis n° 00 A-30, BOCCRF 2001, p. 24.). Ainsi, comme l'illustrent cet arrêt du Conseil d'Etat et l'avis du Conseil de la concurrence, « le droit de la concurrence « chasse » de plus en plus sur les terres du droit du travail » ; en ce sens, P.-H. ANTONMATTEI et S. DESTOURS, art. préc..

¹ Cass. ass. pl., 15 nov. 1985, préc.

² Cass. ass. pl., 16 mars 1990, préc.

³ Art. 1^{er}, § 1, b, de la dir. préc.

⁴ En ce sens G. COUTURIER, note sous Cass. ass. pl., 15 nov. 1985, Dr.soc. 1986, p. 7.

*d'éléments permettant la poursuite des activités ou de certaines activités de l'entreprise »*¹, tantôt « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* »². Quant à la Cour de cassation, elle s'attache à caractériser une entité économique autonome constituée par « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* »³. Si les formules varient légèrement selon les arrêts, et ce au sein même des jurisprudences respectives de chacune des cours, il ressort des décisions des juges nationaux et européen que la cession impérative des contrats est subordonnée à la nécessité que l'entreprise objet du transfert soit une entité économique autonome.

Certes, seule la Cour de cassation, et ce, depuis le revirement de 1990⁴, emploie l'épithète « autonome ». Pour autant, si la CJUE se contente d'évoquer une « entité économique », l'exigence d'autonomie ressort en filigrane de sa jurisprudence. En effet, au-delà de l'arrêt dans lequel elle affirme que l'entité économique « doit être suffisamment structurée et autonome »⁵ exigeant donc, sans équivoque aucune, une certaine autonomie, elle évoque régulièrement la poursuite par l'entité « d'un objectif propre ». Dès lors, pour que le maintien des contrats de travail s'impose au repreneur, encore faut-il que lui ait été transférée une entité économique autonome entendue comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre » (1). L'effet translatif, attaché tant à la directive qu'à l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique à condition que soient transmis, outre l'activité économique, les moyens, tant humains que matériels, nécessaires à son exploitation. Une exception à ce principe résulte toutefois de la jurisprudence de la CJUE qui réserve un traitement spécifique aux secteurs dont l'activité repose essentiellement sur la main d'œuvre, pour lesquels elle estime qu'à lui seul le transfert du seul personnel affecté à l'activité, sans qu'aucun moyen matériel ne soit transmis, impose le changement d'employeur, ressuscitant dans ces secteurs l'application de la théorie de l'entreprise-activité (2).

¹ CJCE, 19 sept. 1995, aff. C-48/94, *Rygaard*, Rec. CJCE 1995, p. 2745 ; JCP E 1995, pan. 1270 ; Dr. soc. 1996, p. 80 ; P.-H. ANTONMATTEI, « La saga de la directive n°77/187 du 14 fév. 1977 : suite... sans fin ! », Dr. social 1996, p. 78.

² CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-173/96 et C-247/96, *Sanchez Hidalgo* ; RJS 1999, n° 315, CJCE 2 déc. 1999, aff. C-234/98, RJS 2000, n° 600.

³ Cass. soc. 7 juil. 1998, MGEN, Bull.civ. V, n° 363 ; Dr. soc. 1998, p. 948, note A. MAZEAUD ; RJS 1998, n° 1346. Cette formulation, retenue par la Cour de cassation dans cet arrêt illustre son souci de se mettre au diapason de la CJUE, souci mis également en exergue par le visa de l'article L. 1224-1 « tel qu'interprété au regard de la directive n° 77-187 du 14 février 1977 ».

⁴ Cass. ass. pl., 16 mars 1990, préc.

⁵ CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-127/96, C-229/96, aff. C-74/97, *Hernandez Villa SA*.

1 - Un ensemble organisé de personnes et d'éléments d'actif permettant l'exercice d'une activité économique.

640. Parce qu'à l'instar de celle d'entreprise, la notion d'entité économique autonome est protéiforme, qu'elle concerne des ensembles plus ou moins structurés, des branches d'activité essentielle ou accessoire, des secteurs extrêmement hétéroclites, qu'elle implique la réunion d'éléments d'actif disparates et que la notion d'autonomie revêt de multiples facettes, tout est question de casuistique s'agissant de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Eu égard à l'hétérogénéité des situations qu'ils rencontrent, les juges n'ont d'autre choix que de faire preuve de pragmatisme pour décider si les contrats de travail doivent ou non être transférés dans chaque cas d'espèce qui leur est soumis, de là notamment le flou entourant le champ d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

641. *Recours à la technique du faisceau d'indices.* Dès 1986, la CJUE a invité les juges nationaux à caractériser l'existence d'une entité économique en recourant à la technique du faisceau d'indices. Dans l'arrêt *Spijkers* du 18 mars 1986, elle a ainsi indiqué la méthode à suivre pour établir l'existence d'une entité économique. Il convient à ce titre, selon elle, de « *prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ses activités.* ». Elle précise toutefois que « *tous ces éléments ne sont que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément* »¹. Il appartient donc aux juges, au cas par cas, de déterminer au regard des différents indices s'ils sont en présence d'une entité économique autonome. Pour ce faire, il est indispensable que des moyens humains et matériels soient affectés à l'exercice de l'activité transférée (b). Par ailleurs, si, depuis la consécration de la théorie de l'entreprise-organisation, l'exercice d'une activité économique n'est plus une condition suffisante pour imposer le maintien des contrats de travail au nouvel employeur, c'est tout de même une condition indispensable à l'application de l'article de L. 1224-1 du Code du travail (a).

¹ CJCE, 18 mars 1986, aff. C-24/85, *Spijkers*, Rec. CJCE 1986, p. 1119.

a - Une activité économique stable.

642. Pour que la substitution d'employeurs s'opère, il est nécessaire que l'entité transférée exerce une activité, et qu'elle soit de nature économique, peu important en revanche qu'elle soit civile ou commerciale, ou qu'il s'agisse de la production de biens ou de services. Ainsi, la vente d'un immeuble n'emporte pas transfert d'une entité économique autonome imposant à l'acheteur de poursuivre l'exécution du contrat de travail de la femme de ménage attachée au service du vendeur¹. Cependant, si la cession ne porte pas seulement sur un ensemble immobilier, mais qu'elle « *emporte également reprise du service de gardiennage et d'entretien qui en relève, ainsi que des contrats nécessaires à l'exploitation d'une résidence à usage locatif* », on est en présence du « *transfert d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre* » justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail².

Si l'exploitation par l'entité d'une activité économique conditionne l'application de ce texte, le caractère accessoire ou principal de l'activité est en revanche totalement indifférent comme en témoigne la rédaction de l'article 1^{er}, § 1, b, de la directive³. Par ailleurs, la CJUE estime qu'un État membre ne saurait limiter l'application de l'effet translatif attaché à la directive aux seules entreprises exerçant une activité économique à but lucratif. Cette précision a été consacrée en 1998 à l'article 1^{er}, § 1, c, qui dispose que « *la (...) directive est*

¹ Cass. soc., 3 oct. 1989, Bull. civ. V, n° 556 ; RJS 1989, n° 825 (vente d'une résidence secondaire) ; Cass. soc., 31 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 27, RJS 4/01, n° 394 (vente d'un immeuble locatif) ; Cass. soc., 23 janv. 2002, RJS 4/02, n° 394 (vente d'une propriété). Une propriété immobilière n'est pas plus constitutive d'une entreprise que d'une entité économique autonome (Cass. soc., 14 mars 2006, Bull. civ. V, n° 97 ; RJS 6/06, n° 692.). Cass. soc., 19 fév. 1986, Bull. civ. V, n° 7, un ensemble immobilier aménagé en vue d'une activité de pisciculture avait été l'objet d'un bail au profit d'une société civile agricole. Le bail ayant pris fin, ces installations avaient fait retour au bailleur. La société civile ayant transporté l'ensemble du matériel piscicole, les truites, les alevins, et les œufs, la Cour d'appel, puis la Cour de Cassation, ont considéré que « *ce n'était pas une entreprise mais un immeuble qui avait fait retour dans le patrimoine du bailleur* », excluant dès lors l'application de L. 1224-1.

Par ailleurs, la vente d'un camion semi-remorque ne caractérise pas un transfert d'entreprise justiciable de l'application de ce texte (Cass. soc., 16 oct. 1984, Dr. soc. 1985, p. 171 ; à signaler un arrêt rendu au plus fort de la vague d'interprétation extensive dans lequel la Cour de Cassation a appliqué le texte aux multiples cessions d'une péniche obligeant les acquéreurs successifs à reprendre les contrats du couple travaillant sur cette dernière, Cass. soc. 19 mai 1976, Bull. civ. V, n° 291 ; V. aussi Cass. soc., 19 oct. 1983, Dr. soc. 1985, p. 170 dans lequel la Cour de Cassation admet le transfert du contrat de travail d'un salarié à un nouvel employeur ayant loué la machine à broder sur laquelle travaillait le salarié !)

² Cass. soc., 14 fév. 2007, Dr. soc. 2007, p. 552 ; rapp. P. BAILLY, « Autour de l'action commune des employeurs successifs en vue de faire échec au transfert légal des contrats de travail », Dr. soc. 2007, p. 549 ; note A. MAZEAUD, Dr. soc. 2007, p. 554 ; CSBP 2007, n° 191, p. 227, obs. Y.M. et F.-J. PANSIER.

³ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc.

applicable aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif »¹.

643. Stabilité de l'activité. L'exercice d'une activité économique est donc une condition indispensable à la caractérisation d'une entité économique autonome susceptible d'entraîner, en cas de transfert, la substitution d'employeurs. Encore faut-il toutefois, pour que l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique, que l'activité présente une certaine stabilité. En effet, la CJUE a posé cette exigence dans un arrêt de 1995 affirmant que l'application de la directive est subordonnée au fait que « *le transfert porte sur une entité économique organisée de manière stable, dont l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé* »². À ce titre, elle estime que la reprise d'un chantier par une entreprise en vue de l'achever ne relève pas de la directive ; il ne pourrait en être autrement que si « *un tel transfert (...) s'accompagne du transfert d'un ensemble organisé d'éléments permettant la poursuite des activités ou de certaines activités de l'entreprise cédante de manière stable* »³. La CJUE, dans cet arrêt, refuse que soit opéré un changement d'employeur suite à la reprise d'un chantier, non pas parce que ce dernier ne constitue pas une entité économique autonome, mais parce qu'elle estime que la directive implique que le transfert porte sur une entité organisée de manière stable dont l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un chantier particulier.

La formulation de la CJUE n'est pas très claire s'agissant de savoir si c'est l'entité qui doit être stable ou l'activité⁴. Le fait qu'elle insiste sur la nécessité que « *l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé* » et qu'elle évoque « *la poursuite des activités (...) de manière stable* » laisse à penser que c'est bien de la stabilité de l'activité qu'il s'agit, ce qui semble pour le moins logique⁵. En effet, lorsqu'elle exige que l'activité cédée revête un caractère stable pour que la directive s'applique, la CJUE se livre à une interprétation téléologique du texte. L'objet de la directive est d'assurer la stabilité des emplois en imposant le maintien des contrats de travail avec le repreneur après le transfert. Il s'agit de transmettre les contrats de travail, pas la charge des licenciements. C'est pourquoi son application est logiquement réservée au transfert d'une entité économique autonome dont l'activité présente un caractère durable, assurant la survivance de l'emploi par-delà la restructuration. Comme le

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc.

² CJCE, 19 sept. 1995, aff. C-48/94, *Rygaard*, Rec. CJCE, p. 2745 ; JCP E 1995, pan. 1270 ; Dr. soc. 1996, p. 80 ; P.-H. ANTONMATTEI, « La saga de la directive n°77/187 du 14 fév. 1977 : suite... sans fin ! », Dr. social 1996, p. 78.

³ CJCE, 19 sept. 1995, aff. C-48/94, préc.

⁴ En ce sens, P.-H. ANTONMATTEI, art. préc.

⁵ En ce sens, P.-H. ANTONMATTEI, art. préc. ; J.-F. CESARO, art. préc.

souligne Jean-François CESARO « ce n'est pas tant l'ancienneté qui importe le plus mais l'aptitude de l'entité à conduire pour une durée déterminée une activité économique. Ce n'est pas tant d'avoir duré que de pouvoir durer qui compte le plus »¹.

Subsiste tout de même un doute sur la durée nécessaire à caractériser la stabilité de l'activité impliquant le transfert des contrats en cas de cession. Cette appréciation de la pérennité de l'activité après le transfert peut être source de difficultés. Quelle sera la position des juges face au transfert d'une entité économique autonome dont l'activité se résume certes à un ouvrage déterminé mais dont l'exécution est supposée se dérouler sur une ou plusieurs années ? Le flou entourant les conditions d'application du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise est loin d'être dissipé. Cependant l'existence de l'activité économique stable n'est pas le point le plus sensible des conditions d'application de l'article L. 1224-1 relatives à l'objet du transfert. Caractériser son autonomie apparaît bien plus problématique.

b - L'exigence d'autonomie de l'entité.

Pour que les contrats de travail soient maintenus, il est indispensable que l'autonomie de l'entité transférée soit caractérisée. La CJUE a d'ailleurs mis en exergue cette exigence en énonçant qu'une « *entité ne saurait être réduite à l'activité dont elle est chargée* »², « *une telle entité doit être suffisamment structurée et autonome* »³. Comme le rappelle un auteur « l'autonomie c'est étymologiquement la possibilité de faire ses propres lois, donc de suivre ses propres fins »⁴. Dès lors, l'autonomie de l'entité implique, non seulement que des moyens spécifiques lui soient affectés, mais aussi qu'elle poursuive une finalité propre. L'autonomie que doit revêtir l'entité n'est pas une autonomie juridique mais économique. Elle implique une certaine indépendance étayée par une organisation propre ainsi qu'un personnel et des moyens matériels dédiés à la réalisation de l'objectif qui lui est spécialement assigné. Si la question de l'autonomie de la structure ne soulève guère de difficultés lorsque le transfert porte sur une entreprise ou un établissement dans son ensemble, il en va différemment lorsqu'il s'agit d'une cession portant uniquement sur une partie de l'entreprise ou d'un établissement, un service ou

¹ J.-F. CESARO, art. préc.

² CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayşe Süzen*, pt. 15, Rec. CJCE 1997, p. 1259 ; Dr. ouvrier 1997, p. 353, note P. MOUSSY ; Dr. soc. 1997, p. 728, note P.-H. ANTONMATTEI ; SSL 2 juin 1997, n° 842, p. 3 ; note J.-J. TOUATI.

³ CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-127/96, C-229/96, aff. C-74/97, préc.

⁴ J.-F. CESARO, art. préc.

un atelier. Pour caractériser une entité économique autonome, il appartient au juge, en recourant à la technique du faisceau d'indices, de rechercher si les éléments indispensables au fonctionnement autonome de l'entité sont transférés, en s'assurant que l'entité cédée réunit les moyens humains (α) et matériels (β) indispensables à son exploitation.

α - Des moyens humains affectés à l'entité.

644. S'agissant des moyens humains de nature à caractériser l'existence d'une entité économique autonome, il convient tout d'abord d'indiquer que le nombre de salariés affectés est indifférent. En effet, le fait qu'un seul salarié soit attaché à l'entité objet du transfert ne constitue pas un obstacle à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail¹. Cependant, le plus souvent, c'est l'existence d'une collectivité de salariés « spécialement affecté[e] à l'activité cédée »² qui va constituer un indice de son autonomie. À ce titre un personnel occasionnellement affecté à l'entité témoigne de son absence d'autonomie, comme la polyvalence de la plupart des salariés de l'entité³. Pour autant, on ne saurait voir dans la polyvalence des salariés « un obstacle rédhibitoire » à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁴, dans la mesure où lorsqu'un salarié effectue son travail dans le cadre de plusieurs entités dont l'une est l'objet d'une cession relevant de ce texte, le contrat de travail du salarié se trouve scindé en deux du fait de son transfert partiel.

Pour que soit caractérisée une entité économique autonome, il est nécessaire que les moyens humains qui y sont consacrés lui soient attachés de manière vraiment spécifique ; il faut qu'on puisse identifier un ensemble de salariés exécutant leur prestation de travail spécialement pour cette dernière. Ainsi, le fait que le groupe de salariés ait une technique d'exploitation particulière, une organisation du travail et un organigramme spécifiques, des

¹ CJCE, 14 avr. 1994, aff. C-392/92, *Schmidt* ; RJS 1994, n° 630 ; J. DEPREZ, « La notion de transfert d'entreprise au sens de la directive européenne du 14 fév. 1977 et de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail : jurisprudence française et communautaire », RJS 1995, p. 315 ; P. POCHET, « L'apport de l'arrêt *Schmidt* à la définition d'une entité économique », Dr. soc. 1994, p. 931 ; J.-J. TOUATI, « L. 122-12 : du nouveau du côté de la CJCE », SSL 1994, n° 722, p. 3 ; Cass. soc., 23 sept. 1992, Bull. civ. V, n° 474.

² B. BOUBLI, « Mystères et misères de l'article L. 122-12 », TPS 3/2002, p. 5 ; Cass. soc., 22 janv. 2002, RJS 2002, n° 396.

³ En ce sens, Cass. soc., 28 mars 2012, n° 10-27.887, inédit ; V. également J.-F. CESARO, art. préc. ; Cass. soc., 18 juil. 2000, Perrier, n° 98-18.037 et 98-13.976, Dr. soc. p. 850 ; G. COUTURIER, « L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'externalisation », Dr. soc. 2000, p. 845 ; B. BOUBLI, rapp., « Externalisation et L. 122-12 ou les affaires Perrier », SSL 2000, n° 992, p. 5 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Externalisations et applications de l'article L. 122-12 du Code du travail : le clash ! », SSL 2000, n° 996, p. 7 ; note B. SAINTOURENS, Bull. Joly sociétés 2000, p. 975.

⁴ P. MORVAN, *opus* préc., p. 125 et s.

conditions de travail et d'emploi particulières ou encore un savoir-faire propre, sont autant d'indices de l'existence d'une communauté de travail dédiée à l'entité transférée, communauté qui constitue elle-même un indice de l'autonomie de cette entité. En revanche, l'interchangeabilité des salariés au service de l'entité transférée avec d'autres salariés de l'entreprise est de nature à empêcher la caractérisation d'une entité économique autonome¹. Outre des moyens humains, des moyens matériels doivent également être affectés au fonctionnement de l'entité transférée pour que celle-ci dispose d'une certaine autonomie.

β - Des moyens matériels.

645. Si l'affectation de moyens matériels à l'exploitation de l'activité de l'entité est essentielle, leur nature importe peu. Il peut s'agir de moyens corporels comme des machines, de l'outillage, des locaux, des ateliers, des stocks, etc., ou incorporels, tels qu'une clientèle propre à l'entité, des licences d'utilisation de logiciels, des contrats d'exploitation de marque, de gestion de portefeuilles, des mandats, etc. Dès lors que les juges constatent la transmission au repreneur non seulement du personnel mais aussi de moyens d'actif sur lesquels repose l'exploitation de l'activité de l'entité, l'existence d'une entité économique autonome est caractérisée, condition *sine qua non* du maintien des contrats de travail. Ont ainsi été considérés comme transferts d'entités économiques autonomes permettant l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail : la reprise de la commercialisation des produits de marque et de la clientèle qui y est attachée², le transfert du matériel d'une société ainsi que du fruit de ses recherches et des homologations ou actions menées auprès de la clientèle³, ou encore la reprise d'une activité sportive par une association ayant le même objet, les mêmes adhérents et la même activité dans les mêmes locaux⁴.

¹ En ce sens, J. MOULY, note sous 14 mai 2003, Dr. soc. 2003, p. 1131 ; P. MORVAN, *opus préc.*, p. 125 et s. ; Cass. soc., 18 juil. 2000, préc. ; Cass. soc., 22 janv. 2002, Bull. civ. V, n° 24 ; RJS 2002, n° 396, JS Lamy 2002, n° 96-5.

² Cass. soc., 14 mai 2003, Dr. soc. 2003, p. 1130 ; obs. J. MOULY, Dr. soc. 2003, p. 1131.

³ Cass. soc., 31 mars 1998, Bull. civ. V, n° 182.

⁴ Cass. soc., 20 déc. 2006, D. 2007, AJ. 448 ; RJS 2006, n° 312. Il en va de même du transfert d'une activité comprenant également celui de la clientèle, de l'usage des portions de la voie publique et de la perception de droits de place (Cass. soc., 16 nov. 1999, Bull. civ. V, n° 439, RJS 2000, n° 16.), de la reprise du portefeuille d'une agence immobilière comprenant des mandats de gestion d'appartements, de garages et de copropriétés (Cass. soc., 23 sept. 1992, Bull. civ. V, n° 474 ; RJS 11/92, n° 1228.), de la cession du service d'examens de santé d'une mutuelle dès lors qu'il dispose d'un personnel et d'un matériel affecté à cette activité et jouit d'une autonomie budgétaire et comptable (Cass. soc., 26 fév. 2003, RJS 5/03, n° 571) ou encore du changement de concessionnaire exclusif de la vente de véhicules automobiles d'une marque (Cass. soc. 11 juin 2002, Bull. civ. V, n° 197, RJS 2002, n° 947 ; JCP E 2002, 1383, note BERTIN).

646. En revanche, « *en l'absence de tout transfert d'ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels* »¹, l'article L. 1224-1 du Code du travail ne saurait s'appliquer. Il en va notamment ainsi lorsque le repreneur ne poursuit pas l'activité, ne reprend ni les effectifs, ni la clientèle ni le savoir-faire². De même, il n'y a pas transfert d'une entité économique autonome permettant l'application de ce texte, lorsque la cession de participations ne s'accompagne pas du transfert de moyens d'exploitation matériels ou humains³. Il appartient donc aux juges du fond de s'assurer que l'entité objet du transfert dispose de moyens humains mais aussi matériels qui lui sont spécialement affectés et lui confèrent de ce fait une certaine autonomie pour imposer la substitution d'employeurs.

647. Indifférence de l'origine des moyens. Si la nature corporelle ou incorporelle des moyens affectés à l'entreprise objet du transfert importe peu pour caractériser l'existence de l'entité économique autonome, il en va de même concernant leur origine. La Cour de cassation et la CJUE s'accordent pleinement sur cette question estimant de concert que si la transmission des éléments nécessaires à l'exploitation est indispensable au maintien des contrats de travail, la propriété de ces éléments est en revanche totalement indifférente⁴. Ainsi, dès lors que l'ensemble des matériels nécessaires à l'exploitation d'une cantine ont été repris par l'entreprise qui en poursuit l'exploitation, le transfert d'une entité économique

¹ Cass. soc., 21 nov. 2000, Bull. civ. V, n° 380.

² Cass. soc., 12 mars 2003, n° 01-40.174, inédit.

³ Cass. soc., 29 oct. 2002, Bull. civ. V, n° 321, D. 2002, IR. 3307, RJS 2003, n° 11, JS Lamy 2002, n° 112-5. Il en va de même lorsque la rédaction d'un hebdomadaire est transférée, faute par celle-ci de constituer un service distinct disposant de ses propres moyens (Cass. soc., 19 fév. 1992, Bull. civ. V, n° 94; Dr. soc. 1992, p. 378, RJS 1992, n° 408). Selon la même logique, la reprise d'un marché ne s'étant pas accompagnée du transfert d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique ayant un objectif propre, aucune entité économique autonome n'a pu être transférée (Cass. soc., 31 mars 2004, n° 01-45.660, inédit. Il en va de même lorsqu'en raison de l'absence de réelle spécificité du département cédé dans ses activités et dans son personnel une telle entité ne peut être caractérisée, en ce sens Cass. soc., 21 juin 2006, Bull. civ. V, n° 224.

⁴ De même, s'agissant de la reprise du marché du contrôle des passagers et des bagages de l'aéroport de Düsseldorf, dans le cadre de laquelle le Ministère de l'intérieur allemand mettait à la disposition du nouveau prestataire les équipements de sécurité aérienne indispensables à l'exécution des contrôles, la CJUE a estimé que « la circonstance que les éléments corporels soient repris par le nouvel adjudicataire sans que ces éléments lui aient été cédés aux fins d'une gestion économique propre ne peut conduire à exclure ni l'existence d'un transfert des éléments d'exploitation ni l'existence d'un transfert d'entreprise ou d'établissement au sens de la directive 2001/23 » (CJCE, 15 déc. 2005, aff. C-232/04 et C-233-04, pt. 41 ; JCP S 2006, 1242, note P. MORVAN ; RJS 4/06, p. 261, note J.-P. LHERNOULD.). Si la formulation retenue par les juges communautaires est relativement absconse (En ce sens, P. MORVAN, *opus* préc., p. 44 et s.), elle confirme la position déjà adoptée antérieurement par la CJUE selon laquelle « la circonstance que la propriété des actifs nécessaires à l'exploitation de l'entreprise n'ait pas été transmise au nouvel exploitant ne constitue pas un obstacle à l'existence d'un transfert » ; CJCE, 2 déc. 1999, aff. C-234/98, *Allen*, Rec. p. 8643, à propos du forage de tunnels miniers ; V. aussi CJCE, 17 déc. 1987, aff. C-287/86, Rec. 5465 ; CJCE 12 nov. 1992, aff. 209/91, *Watson Rask*, Rec. I-5755 ; CJCE, 20 nov. 2003, aff. C-340/01, *Abler*, note N. MOIZARD, RJS 4/04, p. 260.

autonome est caractérisé peu important que le donneur d'ordres soit resté propriétaire de ces éléments corporels¹.

Si la reconnaissance d'une entité économique autonome n'est pas subordonnée au transfert de la propriété des moyens d'exploitation, le transfert de leur jouissance étant seul nécessaire, il ne saurait toutefois être suffisant à caractériser une telle entité lorsqu'il ne traduit rien de plus que la reprise d'une activité². L'avocat général de la CJUE Miguel POIARES MADURO a d'ailleurs insisté sur ce point en invitant les juges européens à faire preuve de vigilance afin « d'éviter une généralisation impliquant que toute mise à disposition d'éléments d'exploitation par le donneur d'ordre serait synonyme d'inclusion desdits éléments dans l'entité transférable »³. La plume de l'avocat est guidée par la crainte d'une résurgence de la conception de l'entreprise-activité comme critère d'application de la directive et, avec elle, des inconvénients qu'elle implique. L'hostilité dont il fait preuve à l'égard de cette conception est patente lorsqu'il invite les juges à être particulièrement scrupuleux en la matière, au risque, sinon, que « la ligne de démarcation entre transfert d'entreprise et transfert d'activité s'en [trouve] brouillée »⁴.

À ce titre, la CJUE, suivant le conseil de son avocat général, prend le soin de préciser qu'il appartient au juge national de déterminer « *dans le cadre d'une appréciation globale, si un transfert d'entreprise ou d'établissement a été opéré* »⁵. Elle met ainsi en exergue que si le transfert de la jouissance des éléments d'exploitation est un indice parmi d'autres de l'existence d'une entité économique autonome sa seule présence ne suffit à la caractériser, et insiste sur la nécessité pour les juges de recenser d'autres indices afin d'étayer la reconnaissance d'une telle entité. Pour que l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique il est donc indispensable que les juges, en recourant à la technique du faisceau d'indices, caractérisent le transfert d'une entité économique autonome. Etant entendu que ce dernier ne

¹ Cass. soc., 10 juil. 2007, n° 06-40.517, note P. WAQUET, RDT 2007, p. 582 ; en ce sens également, Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-44.832 dans lequel la Cour de Cassation énonce que « le transfert des moyens d'exploitation nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entité peut-être indirect » ce qui est le cas quand ils sont « mis à disposition des prestataires successifs par le donneur d'ordres » ; dans le même sens Cass. soc., 24 nov. 2009, n° 08-44.148, RJS 2010, n° 155 ; Cass. soc., 9 nov. 2005, RJS 2006, n° 13 à propos de la mise à disposition par le donneur d'ordres du réseau de remontées mécaniques d'une station de ski aux concessionnaires successifs ; Cass. soc., 3 avr. 2002, RJS 6/02, n° 655, mise à disposition par la mairie des moyens d'exploitation d'une imprimerie au profit d'associations successives ; Cass. soc., 19 mars 1997, RJS 6/97, n° 658, mise à disposition par le donneur d'ordres des moyens d'exploitation d'un restaurant aux concessionnaires successifs.

² En ce sens P. MORVAN, *opus préc.*, p. 45.

³ Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO, citées par P. MORVAN, *opus préc.*, p. 45.

⁴ Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO, *préc.*

⁵ CJCE, 15 déc. 2005, aff. C-232/04 et C-233-04, *préc.*, pt. 44.

peut s'opérer que « *si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, **directement ou indirectement**, par un autre exploitant* »¹.

648. Indifférence de l'autonomie institutionnelle. Si l'autonomie de l'entité, condition indispensable au transfert des contrats de travail, implique que soient transmis les moyens humains et matériels nécessaires à l'exploitation de son activité, les règles d'organisation du service dans lequel l'activité est exercée sont désormais indifférentes. On a pu s'interroger sur la nécessité de caractériser l'autonomie institutionnelle de l'entité pour appliquer l'article L. 1224-1 lorsque la Cour de cassation a énoncé « *qu'il résulte des dispositions combinées des articles L. 710-4 et L. 711-2 du Code de la santé publique que les établissements de santé, publics ou privés, ont pour objet de dispenser des soins, avec ou sans hébergement et qu'ils doivent développer toute action concourant à une prise en charge globale du malade ; que dès lors, ces établissements constituent en eux-mêmes des entités économiques dont aucun service participant à la prise en charge des malades, même s'il peut être confié à un tiers, ne peut constituer une entité économique distincte* »².

Exclure purement et simplement l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail aux cessions des services d'une clinique sur la seule base du Code de santé publique, sans même vérifier l'existence d'un transfert d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue et l'activité poursuivie ou reprise, était pour le moins critiquable à plusieurs égards³. En premier lieu, à l'instar de Paul-Henri ANTONMATTEI, « nous ne comprenons pas l'interférence des réglementations »⁴. Si le Code de la santé publique définit les missions des établissements de santé en évoquant « une prise en charge globale du malade », il n'impose pas pour autant aux cliniques une méthode de gestion ou d'organisation de leurs services. L'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail en cas de transfert du service de nettoyage des locaux d'une clinique n'a strictement rien à voir avec cette réglementation. En second lieu, la position adoptée par la Cour de cassation était en contradiction avec le droit européen. En effet, la directive énonce expressément les cas dans lesquels son application est par principe exclue⁵, or les établissements de santé ne sont nullement visés. La CJUE a

¹ Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-42.615, Juris-Data n° 2009-048668, JCP S 2009, 1391.

² Cass. soc., 24 oct. 2000, Dr. soc. 2001, p. 15 ; solution reprise par CA Paris, 9 avr. 2004, n° 02-33437, 18è ch. E, RJS 12/04, n° 1250.

³ P.-H. ANTONMATTEI, « Externalisations et article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail : suite d'une nouvelle saga », Dr. soc., 2001, p. 13 ; J.-F. CESARO, article préc.

⁴ P.-H. ANTONMATTEI, article préc.

⁵ Il s'agit des « réorganisations administratives d'autorités administratives publiques ou [des transferts] de fonctions administratives entre autorités administratives », et du secteur des navires de mer ; Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 1^{er}, § 1, c, et art. 1^{er}, § 3.

d'ailleurs estimé que le transfert de l'activité de restauration d'un hôpital relevait bien de son champ d'application¹.

Ne pouvant ignorer les critiques adressées à cette solution, ni sa contradiction avec le droit européen, la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence². Elle décide désormais que « *l'existence d'une entité économique autonome est indépendante des règles d'organisation, de fonctionnement et de gestion du service exerçant une activité économique* »³. Ainsi, pour que le maintien des contrats de travail s'impose, il est nécessaire que soit transférée une entité économique autonome ; cette autonomie n'étant ni juridique ni institutionnelle, mais économique.

Par ailleurs, si l'autonomie de l'entité implique la transmission des moyens humains et matériels nécessaires à son fonctionnement, elle ne saurait être altérée par le fait que l'organisme concédant impose des contraintes au repreneur. La CJUE a ainsi énoncé que « *la présence d'une entité suffisamment structurée et autonome au sein de l'entreprise titulaire du marché n'est, en principe, pas affectée par la circonstance, d'ailleurs fréquente, que cette entreprise est soumise au respect d'obligations précises qui lui sont imposées par l'organisme adjudicateur. En effet, s'il peut arriver que l'influence exercée par ce dernier sur le service fourni par le prestataire soit étendue, celui-ci n'en conserve pas moins normalement une certaine liberté, même réduite, pour organiser et exécuter le service en question, sans que sa tâche puisse s'interpréter comme une simple mise à disposition de son personnel à l'organisme adjudicateur* »⁴. Cette solution ne peut qu'être approuvée en ce que nombre d'entreprises concluant un contrat de prestation de services s'engagent auprès de leur client à respecter un cahier des charges ou à se soumettre aux contraintes et aux règles de fonctionnement définies par lui. Dès lors, on ne voit pas ce qui distinguerait la situation de l'entité économique autonome de celle des autres entreprises, l'entité économique autonome étant « l'entreprise » pour l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ainsi, seul importe le transfert des moyens humains et matériels nécessaires à la poursuite de

¹ CJCE, 20 nov. 2003, aff. C-340/01, *Abler*, note N. MOIZARD, RJS 4/04, p. 260.

² Ce revirement avait été en quelque sorte annoncé par un arrêt de 2006 dans lequel la Cour de Cassation avait censuré une Cour d'appel ayant refusé d'appliquer l'article L. 1224-1 à la cession d'une partie d'un marché d'intérêt national (MIN) en invoquant les règles de gestion des MIN. La Cour de cassation fondait sa cassation sur le même motif selon lequel « l'existence d'une entité économique autonome, dont il appartient au juge du fond de rechercher les éléments qui la constituent, est indépendante des règles d'organisation et de gestion du service au sein duquel s'exerce l'activité économique » ; Cass. soc., 10 oct. 2006, Dr. soc. 2007, p. 111 ; obs. A. MAZEAUD, Dr. soc. 2007, p. 112.

³ Cass. soc., 27 mai 2009, n° 08-40.393, JurisData n° 2009-048347 ; JCP E 2009, 1883, obs. S. BEAL et A.L. DODET ; revirement confirmé par un arrêt du 24 nov. 2009 dans lequel elle approuve l'application de l'article L. 1224-1 au transfert d'un service de restauration d'une clinique dès lors que ce dernier était constitutif d'une entité économique autonome, Cass. soc., 29 nov. 2009, n° 08-44.148, RJS 2/10, n° 155.

⁴ CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-173/96 et C-247/96, *Sanchez Hidalgo*, RJS 1999, n° 315,

l'exploitation de l'activité de l'entité, dont la seule autonomie économique est prise en considération pour déterminer si les salariés doivent passer au service du cessionnaire.

L'autonomie institutionnelle ou organisationnelle de l'entité, tout comme le fait qu'elle soit ou non propriétaire des moyens matériels affectés à son activité, sont indifférents. Les juges du fond doivent donc examiner scrupuleusement les circonstances du transfert pour relever les indices du caractère autonome, ou non, de l'entité au regard des moyens dont elle dispose. L'application de l'article L. 1224-1 dépend ainsi principalement de données factuelles et non juridiques.

Si la méthode du faisceau d'indices, inversée ou non¹, est pragmatique pour caractériser l'existence (ou non) d'une entité économique autonome, la casuistique qui en découle n'aide guère à clarifier le champ d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, à l'instar des divergences qui subsistent entre juges national et européen, qui renforcent un peu plus le flou qui règne en la matière. En effet, si la Cour de cassation fait preuve d'une extrême rigueur subordonnant en toute circonstances l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail au transfert d'une entité économique dont l'autonomie est caractérisée par l'affectation d'un personnel et de moyens matériels spécifiques, la CJUE introduit, quant à elle, une exception à l'application de ces critères. Elle réserve ainsi un traitement spécifique aux secteurs dont l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, estimant que, dans ces secteurs, une communauté de travailleurs peut constituer une entité économique autonome sans qu'aucun moyen matériel n'y soit affecté, consacrant ainsi une résurgence de la théorie de l'entreprise-activité.

¹ La technique du faisceau d'indices peut en effet être utilisée par le juge en collectant les éléments tendant à établir l'existence d'une entité économique autonome, ou à l'inverse en rassemblant divers indices qui corroborent l'absence d'une telle entité.

2 - Le traitement spécifique réservé par la CJUE aux secteurs dits « de main-d'œuvre ».

649. Alors que la Cour de cassation soumet la substitution impérative d'employeurs au transfert d'une entité économique autonome entendue, quel que soit le secteur concerné, comme un ensemble organisé de moyens humains et matériels affectés à l'exploitation d'une activité qui poursuit un objectif propre, la CJUE réserve, quant à elle, un sort particulier aux secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre.

650. *Position contestable de la CJUE.* Estimant que « le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert d'entreprise (...) est celui du maintien de l'identité de l'entité économique » qui, selon elle, « résulte notamment de la poursuite effective ou de la reprise par le nouveau chef d'entreprise des mêmes activités économiques ou d'activités analogues », la CJUE décide que la directive est applicable lorsqu'une banque confie le nettoyage de ses locaux à un prestataire extérieur, en l'absence de tout transfert d'éléments d'actif¹. Elle semble ainsi faire de la seule poursuite de l'activité la condition déterminante de la substitution d'employeurs dans les secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main d'œuvre. La CJUE balaye l'argument selon lequel la directive ne pouvait être appliquée en l'espèce faute de transmission de moyens matériels en affirmant que « la circonstance que la jurisprudence de la Cour cite le transfert de tels éléments au nombre des divers critères à prendre en compte par le juge national (...) ne permet pas de conclure que l'absence de ces éléments exclut l'existence d'un transfert (...). En effet, le maintien des droits des travailleurs (...) ne saurait dépendre de la seule prise en considération d'un facteur dont la Cour a, d'ailleurs, déjà relevé qu'il n'était pas, à lui seul, déterminant »². Certes, la technique du faisceau d'indices implique la prise en compte de différents éléments sans que la présence ou l'absence d'aucun d'entre eux ne justifie, à elle seule, l'application ou au contraire la mise à l'écart de la directive. Pour autant, n'ayant crainte de la contradiction, elle énonce que « la similarité des activités de nettoyage exercées avant et après le transfert (...) constitue un élément caractéristique d'une opération qui entre dans le champ d'application de la directive

¹ CJCE, 14 avr. 1994, aff. C-392/92, *Schmidt* ; RJS 1994, n° 630 ; J. DEPREZ, « La notion de transfert d'entreprise au sens de la directive européenne du 14 fév. 1977 et de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail : jurisprudence française et communautaire », RJS 1995, p. 315 ; P. POCHET, « L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition d'une entité économique », Dr. soc. 1994, p. 931 ; J.-J. TOUATI, « L. 122-12 : du nouveau du côté de la CJCE », SSL 1994, n° 722, p. 3.

² CJCE, 18 mars 1986, aff. C-24/85, *Spijkers*, préc., point 16.

»¹. Ainsi, après avoir estimé que « *l'argument (...) tiré de l'absence du transfert d'éléments d'actif ne peut pas (...) être retenu* »², elle fait de l'identité de l'activité avant et après le transfert le critère de l'application de la directive en l'espèce. Réapparaît donc la conception de l'entreprise-activité sous la plume des juges européens, et avec elle, les inconvénients que l'on sait, alors même que les conclusions de l'avocat général défendaient la conception de l'entreprise-organisation pour déterminer le domaine d'intervention de la directive³. On aurait pu penser que l'arrêt *Schmidt* constituait « un accident de parcours » dans la jurisprudence de la CJUE. Tel n'est toutefois pas le cas comme en témoignent la réitération de cette solution dans plusieurs arrêts ultérieurs.

En effet, depuis lors, la CJUE a affirmé à plusieurs reprises que « *dans certains secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main d'œuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune* », en l'absence de tout autre facteur de production, peut constituer une entité économique dont le transfert est soumis à la directive, dès lors que le cessionnaire reprend « *une partie essentielle du personnel en termes de nombre et d'importance des effectifs* »⁴. Cette position de la CJUE est éminemment critiquable tant elle confine à l'absurde. En posant comme critère d'application de la directive la reprise de l'essentiel du personnel par le cessionnaire alors que cette reprise constitue l'objet même du texte⁵, elle renverse totalement la logique du texte en faisant de son effet, la reprise des salariés par le nouvel employeur, la condition de son application. On pouvait déjà être surpris, dans l'arrêt *Spijkers*, de la présence au titre des éléments à prendre en compte dans le faisceau d'indices de « *la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise* »⁶, mais cette référence noyée au milieu de nombreux autres indices pouvait passer plus ou moins inaperçue. En revanche, faire de ce seul indice le critère décisif pour appliquer la directive, alors même que la CJUE estime que l'absence du seul indice du

¹ CJCE, 18 mars 1986, aff. C-24/85, *Spijkers*, préc., point 17.

² CJCE, 18 mars 1986, aff. C-24/85, *Spijkers*, préc., point 16.

³ L'avocat général VAN GERVEN estimait, quant à lui, en effet que pour déterminer s'il y a lieu ou non d'appliquer la directive « la juridiction nationale doit examiner si la situation concrète dont elle a à connaître concerne (...) le transfert d'une unité économique, en d'autres termes d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments patrimoniaux (corporels et ou incorporels) à l'aide desquels s'exerce une activité poursuivant un objectif propre », Conclusions de l'avocat général VAN GERVEN, citées par J. DEPREZ, art. préc.

⁴ Notamment dans les arrêts suivants : CJCE, 11 mars 1997, *Ayşe Süzen*, Rec. 1997, I-1259 ; RJS 1997, pp.492-493, à propos d'un marché de nettoyage ; CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-173/96, Rec. 1997, I- 8237, préc., à propos d'une activité de surveillance de locaux ; CJCE, 10 déc. 1998, *Hernandez Vidal*, aff. C-127/96, préc., à propos d'une activité de nettoyage reprise par le donneur d'ordres ; CJCE, 24 janv. 2002, *Temco*, aff. C-51/00, RJS 4/02, Chron., p. 300, n° 300 ; LPA 2002, n° 103, p. 4, note G. PICCA et A. SAURET, à propos d'un marché de nettoyage.

⁵ En ce sens, P. BAILLY, « Le flou de l'article L 122-12, alinéa 2 du Code du travail », Dr. soc. 2004, p. 366 ; P. POCHET, art. préc.

⁶ CJCE, 18 mars 1986, aff. C-24/85, *Spijkers*, préc.

transfert d'éléments d'actif ne saurait à elle seule exclure son application, est pour le moins surprenant et surtout illogique rendant la solution adoptée par la Cour extrêmement contestable à plusieurs titres.

651. Effets pervers de la position communautaire. Cette solution fait de l'effet de la directive la condition de son application, et partant, subordonne le maintien des contrats de travail à l'attitude du repreneur qui ne devrait pourtant jouer aucun rôle eu égard notamment au caractère d'ordre public du maintien des contrats de travail¹. De surcroît, cette position réactive la conception de l'entreprise-activité dont on a pu déplorer les nombreux inconvénients en matière économique et sociale tant à l'égard des salariés que des entrepreneurs successifs, ou des clients.

Enfin, cette jurisprudence crée une zone d'ombre supplémentaire dans la définition du champ d'application du transfert impératif des contrats de travail en ce qu'il n'est pas *a priori* évident de déterminer quels sont les secteurs concernés dont « l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre »². S'il semble acquis au regard de la jurisprudence européenne que le nettoyage³ ou la surveillance des locaux⁴ entrent dans cette catégorie, dont est en revanche exclue l'exploitation des lignes régulières d'autobus⁵, qu'en est-il des secteurs comme le bâtiment et travaux publics, le télémarketing, etc. ?

Outre l'incertitude relative au domaine d'intervention de cette jurisprudence qui vient obscurcir un peu plus les conditions dans lesquelles la substitution d'employeurs s'impose, elle vient ruiner l'équilibre des accords collectifs de branche qui organisent le maintien conventionnel des contrats de travail en cas de transfert non justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁶. Alors même que les partenaires sociaux se sont accordés sur le transfert

¹ La Cour de Cassation a en effet énoncé à plusieurs reprises qu'il ne peut être dérogé par des conventions particulières aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail, (en ce sens notamment Cass. soc., 13 juin 1990, Bull. civ. V, n° 273 ; D. 1990, IR. 184 ; Cass. soc., 22 juin 1993, Bull. civ. V, n° 171 ; Dr. soc. 1993, p. 769 ; RJS 1993, n°844) elle estime que ces dispositions sont d'ordre public absolu, à la différence de la CJUE qui considère qu'on ne peut écarter la protection « d'ordre public » de la directive « *en ce sens qu'il n'est pas permis d'y déroger dans un sens défavorable aux travailleurs* » (CJCE, 10 fév. 1988, *Tellerup*, préc.).

² En ce sens, P. BAILLY, art. préc., S. DARMAISIN, art. préc.

³ En ce sens CJCE, 11 mars 1997, *Ayşe Süzen*, préc. ; CJCE, 10 déc. 1998, *Hernandez Vidal*, aff. C-127/96, préc. ; CJCE, 24 janv. 2002, *Temco*, aff. C-51/00, préc.

⁴ CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-173/96, préc.

⁵ CJCE, 25 janv. 2001, aff. C-172-99, *Oy Liikenne*, Rec. I-745 ; RJS 5/01, n° 690, dans lequel la CJUE énonce que « le transport par autobus ne peut être considéré comme une activité reposant essentiellement sur la main-d'œuvre ».

⁶ En ce sens, S. DARMAISIN art. préc., P. BAILLY art. préc., J.-P. LHERNOULD, « L. 122-12 et les « secteurs de main d'œuvre » », SSL 2007, n° 1317, p. 12.

de la majorité des contrats pour pallier l'inapplication de ce texte¹, le fait que le nouvel entrepreneur reprenne une partie significative du personnel en exécution des dispositions conventionnelles rend applicable, selon la CJUE, un texte qui au départ ne l'était pas²...

Par ailleurs, la jurisprudence de la CJUE semble ignorer la réalité de ces activités qui mobilisent le plus souvent des moyens matériels. Ainsi, par exemple, les entreprises de nettoyage des locaux sont souvent équipées de balayeuses autoportées ou d'auto-laveuses tractées, tandis que l'activité de surveillance des locaux implique bien souvent des installations techniques importantes incluant caméras, détecteurs de mouvements, local de centralisation des données, etc.³ En toute hypothèse, au-delà de la reprise du personnel, ne pas exiger la cession de la clientèle est éminemment contestable dans la mesure où ces entreprises, dont l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, ont, comme toutes les autres, la possibilité de se constituer une clientèle.

652. *Espoir d'un infléchissement.* Il convient de signaler un arrêt rendu par la CJUE qui pourrait être le signe, sinon d'un revirement, du moins d'un infléchissement de sa jurisprudence. Elle a ainsi été saisie d'une question préjudicielle afin de savoir si la directive devait s'appliquer en cas de reprise par une entreprise de travail temporaire des deux tiers des intérimaires mis à disposition d'un client, ainsi que du gérant et des conseillers de clientèle d'une autre entreprise d'intérim. Après avoir mis en exergue la spécificité de ces entreprises qui « *ont, par définition, peu d'employés dans leur propre exploitation, au sens d'une unité organisationnelle, les travailleurs étant justement placés auprès d'autres employeurs* »⁴, la CJUE aurait pu se contenter d'affirmer que la directive s'applique lorsque le transfert porte sur une entité économique organisée de manière stable qui « *ne doit pas nécessairement*

¹ V. notamment Avenant n° 3 du 26 fév. 1986 à la CCN du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983 ; avenant du 24 fév. 1986 à la CCN du personnel des entreprises de manutention ferroviaire ; accord du 16 juin 1987 modifiant la convention collective de la région parisienne concernant le personnel de l'industrie, de la manutention et du nettoyage sur les aéroports ouverts à la circulation publique du 1^{er} oct. 1985 ; avenant n° 1 à l'annexe VII du 29 mars 14990 de la CCN des entreprises de nettoyage de locaux désormais en vigueur en vertu de la CCN des entreprises de propreté du 1^{er} juil. 1994 ; avenant n° 44 du 12 juil. 1993 à la CCN des activités du déchet du 25 mars 1957, remplacé depuis lors par l'accord n° 15 du 13 déc. 2005 sous l'empire de la CCN du 11 mai 2000 ; l'avenant du 18 oct. 1995 à la CCN des entreprises de prévention et de sécurité, auquel a succédé l'accord du 5 mars 2002, préc.

² À ce titre, dans l'arrêt *Temco*, la CJUE déduit l'application de la directive de la seule reprise par le nouveau titulaire du marché de nettoyage de 75 % des salariés de son prédécesseur, sans qu'aucun autre élément ne vienne étayer l'existence d'une entité économique ; alors même que, si cette reprise d'une part significative du personnel a eu lieu, c'est en vertu des dispositions de la convention collective applicable en l'espèce qui prévoient que lorsque la directive ne s'applique pas le cessionnaire est tenu reprendre ces 75 %... ; CJCE, 24 janv. 2002, *Temco*, aff. C-51/00, préc.

³ En ce sens, J.-F. CESARO, art. préc.

⁴ CJCE, 4^e ch., 13 sept. 2007, aff. C-458/05, *Jouini*, préc., point 18, JCP S 2008, 1005, note P. MORVAN ; RJS 2007, p. 997, comm. H. TISSANDIER.

comporter d'éléments d'actifs, matériels ou immatériels, significatifs (...) dans certains secteurs économiques, ces éléments [étant] souvent réduits à leur plus simple expression l'activité [reposant] essentiellement sur la main-d'œuvre »¹. Elle aurait ainsi pu se limiter à souligner les spécificités des entreprises d'intérim et appliquer sa jurisprudence relative aux secteurs de main-d'œuvre pour décider que la reprise des deux tiers des salariés intérimaires et d'une partie du personnel administratif suffisait à caractériser un transfert justiciable de la directive, peu important l'absence d'élément d'actif². Elle n'en fit rien.

Si elle conclut que l'article 1^{er}, § 1 de la directive « *doit être interprété en ce sens que cette dernière s'applique lorsqu'une partie du personnel d'administration et une partie des travailleurs intérimaires sont transférées vers une autre entreprise de travail intérimaire pour y exercer les mêmes activités au service de clients identiques* », la CJUE insiste toutefois sur l'office des juges nationaux tenus de « ***vérifier, que les éléments concernés par le transfert d'une entité économique sont en eux-mêmes suffisants pour permettre la poursuite de prestations caractéristiques de l'activité économique en cause sans avoir recours à d'autres éléments d'exploitation importants ni à d'autres parties de l'entreprise*** »³.

Certes, la CJUE ne remet pas en cause frontalement sa jurisprudence relative aux secteurs de main-d'œuvre mais alors qu'elle aurait pu la reproduire telle quelle, elle exhorte les juges à s'assurer que les éléments concernés par le transfert sont en eux-mêmes suffisants pour permettre la poursuite de l'activité et met en exergue le rôle essentiel de la transmission de la clientèle en l'espèce. Peut-être est-ce là le signe d'un futur revirement ou du moins d'un infléchissement de sa jurisprudence, éminemment contestable, relative aux secteurs de main-d'œuvre.

653. Résistance de la Cour de cassation. En tout état de cause, la Cour de cassation refuse d'adopter la position européenne relative aux secteurs dont l'activité repose essentiellement sur la main d'œuvre. Elle apprécie avec une rigueur identique le concept d'entité économique autonome qu'il s'agisse du transfert d'une activité de nettoyage de

¹ CJCE, 4^e ch., 13 sept. 2007, aff. C-458/05, *Jouini*, préc., point 32.

² CJCE, 4^e ch., 13 sept. 2007, aff. C-458/05, *Jouini*, préc., point 33. Elle affirme dans cet arrêt que « *le seul ensemble composé des employés chargés de la gestion, des travailleurs intérimaires et du savoir-faire peut poursuivre un objectif propre, (...), et qu'un tel ensemble peut constituer une entité économique (...) opérationnelle sans avoir recours à d'autres éléments d'exploitation importants ni à d'autres parties du cédant.* », point 37.

³ CJCE, 4^e ch., 13 sept. 2007, aff. C-458/05, *Jouini*, préc., point 38.

locaux¹, de gardiennage², de travaux d'entretien, de nettoyage, de manutention et d'assistance technique³, ou encore de maintenance d'installations de chauffage⁴.

Certains ont cru voir dans les arrêts du 24 septembre 2002 rendus à propos du personnel chargé des animations dans les grandes surfaces un ralliement de la Cour de cassation à l'analyse de la CJUE⁵. Il n'en est rien. Certes, elle fait référence au fait que 200 salariés sur 213 ont été repris, mais elle relève surtout que la Cour d'appel a constaté la cession des « *moyens liés à la mise en œuvre des tâches dévolues* » et caractérisé ainsi l'existence d'une entité économique autonome⁶. Dans cet arrêt, la Cour de cassation se borne à appliquer la technique du faisceau d'indices pour relever l'existence d'éléments de fait de nature à caractériser l'entité économique autonome accomplissant l'activité d'animation.

Elle a d'ailleurs, depuis lors, eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises sa ferme opposition à toute résurgence de la théorie de l'entreprise-activité, en rappelant la nécessité que soient transférés des éléments d'exploitation corporels ou incorporels pour que l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique au transfert d'une activité de gardiennage⁷ ou de nettoyage⁸. On ne peut que se féliciter de la résistance dont fait preuve la Cour de cassation à l'égard du traitement spécifique réservé par la CJUE aux secteurs de main-d'œuvre. Toutefois, cette divergence entre juges nationaux et européens vient un peu plus obscurcir le champ d'application du transfert impératif des contrats de travail au cessionnaire. Cette dissonance persistante crée donc une zone d'ombre de plus sur le domaine d'intervention de l'article L. 1224-1 du Code du travail que la technique du faisceau d'indices n'est pas vraiment à même d'éclairer, plaçant ainsi la question du transfert des contrats de travail dans une insécurité juridique regrettable eu égard aux enjeux en cause.

¹ Cass. soc., 26 sept. 1990, RJS 1990, n° 841 ; Cass. soc., 16 nov. 1993, RJS 1994, n° 5 ; Cass. soc., 25 avr. 2007, n° 04-47.710, SSL 2007, n° 1317, p. 13 ; Cass. soc., 20 déc. 2006, D. 2006, AJ. 227 ; RJS 2006, n° 196.

² Cass. soc., 13 déc. 1995, RJS 1996, n° 99 ; Cass. soc., 3 nov. 2011, Bull. civ. V n° 249 ; JCP S 2012, 1098, note J.-P. TRICOIT.

³ Cass. soc., 21 nov. 2000, Bull. civ. V, n° 380.

⁴ Cass. soc., 31 mai 2005, JCP S 2005, 1068.

⁵ En ce sens, P. BAILLY, art. préc.

⁶ Cass. soc., 24 sept. 2002, RJS 12/02, n° 1356.

⁷ Cass. soc., 3 nov. 2011, préc.

⁸ Elle a ainsi censuré une Cour d'appel qui avait retenu qu'une activité de nettoyage constituait une entité économique autonome alors même qu'elle n'avait pas constaté « *que l'attribution du marché de nettoyage [au repreneur] s'était accompagné du transfert d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels significatifs* » violant ainsi l'article L. 1224-1 du Code du travail. Cass. soc., 25 avr. 2007, n° 04-47.710, SSL 2007, n° 1317, p. 13 ; J.-P. LHERNOULD, « L. 122-12 et les « secteurs de main d'œuvre » », SSL 2007, n° 1317, p. 12 ; V. aussi Cass. soc., 20 déc. 2006, préc., dans lequel elle rappelle que lorsque l'attribution d'un marché de nettoyage ne s'est pas accompagnée d'un transfert d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels significatifs l'article L. 1224-1 ne s'applique pas.

En tout état de cause pour ce qui concerne le droit interne, le maintien des contrats de travail ne s'impose que si le transfert porte sur une entité économique autonome entendue comme un ensemble organisé de moyens en personnel et de moyens matériels, corporels ou non, affectés à l'exploitation d'une activité qui poursuit un objectif propre. Au-delà des critères afférents à l'entreprise objet du transfert, ce dernier doit également satisfaire certaines conditions pour imposer le changement d'employeur : il ne doit notamment pas porter atteinte à l'identité de l'entité, condition essentielle aux yeux de la CJUE.

§ 3 - Les conditions relatives au transfert.

S'agissant des conditions relatives à l'acte de transfert en lui-même, CJUE et Cour de cassation se sont, là aussi, livrées à plusieurs passes d'armes interprétatives. La définition du domaine d'intervention de la directive par la première a en effet contraint la seconde à plusieurs revirements de jurisprudence. S'il fut un temps où la Cour de cassation attachait une importance au transfert en tant que tel, ce temps est désormais révolu. L'acte de transfert est, en lui-même, indifférent (A), seul compte le fait qu'il assure la pérennité de l'entreprise impliquant d'une part, la poursuite ou la reprise de l'activité de l'entité objet du transfert, et d'autre part, le maintien de son identité (B).

A - L'indifférence du transfert.

654. De l'exigence d'un lien de droit entre employeurs à l'indifférence du transfert.
L'article L. 1224-1 du Code du travail dispose que « *s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». La directive énonce, quant à elle, qu'elle a vocation à s'appliquer en présence d'un transfert d'entreprise « *résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion* »¹. Les différentes hypothèses visées par le texte français et la présence de l'adjectif « conventionnelle » dans le texte européen ont pu

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 1^{er}.

laisser croire qu'un lien de droit unissant les employeurs successifs était indispensable à leur application.

Lorsqu'en 1985 l'Assemblée plénière de la Cour de cassation décida d'abandonner l'application de la théorie de l'entreprise-activité comme critère du transfert impératif des contrats, elle énonça seulement que « *la seule perte d'un marché ne suffit pas à caractériser une modification dans la situation juridique de l'employeur* »¹, sans pour autant définir les conditions du maintien obligatoire des contrats après une restructuration. Quelques mois plus tard, la Cour de cassation proposa un critère d'application plus précis relatif aux caractéristiques juridiques de l'opération affectant la situation juridique l'employeur. Ainsi, pour que les contrats de travail soient maintenus par delà le transfert, elle exigea qu'un lien de droit unisse les employeurs successifs². Cependant, ce nouveau critère était loin de régler toutes les difficultés relatives à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Non seulement cette exigence était équivoque³, mais surtout elle se révéla assez rapidement contraire à la jurisprudence de la CJUE qui, dans l'arrêt *Tellerup* de 1988, affirma que les dispositions de la directive relatives au transfert des contrats de travail devaient recevoir application en l'absence de lien de droit entre employeurs successifs dès lors que « *l'entité économique en question garde son identité* »⁴. La condamnation par la CJUE de l'exigence de lien de droit obligea donc l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à procéder à un nouveau revirement de jurisprudence⁵. L'existence d'un lien de droit importe peu, tout comme l'acte de transfert, seul compte le fait que le transfert porte sur une entité économique dont l'identité est maintenue et l'activité poursuivie.

655. Nécessité d'une restructuration affectant la qualité d'employeur. Si l'acte de transfert en lui-même importe peu, l'article L. 1224-1 du Code du travail n'a toutefois vocation à s'appliquer qu'aux restructurations impliquant une modification de la situation

¹ Cass. ass., pl. 15 nov. 1985, Bull. civ., n° 7 et 8 ; D. 1986, J. 1 ; concl. G. PICCA, Dr. soc. 1986, p. 1 ; Dr. soc. 1986, p. 7, obs. G. COUTURIER ; JCP 1986, II, 20705, note G. FLECHEUX et M. BAZEX.

² Cass. soc. 12 juin 1986, *Desquenue et Giral*, Bull. civ. V, n° 299, D. 1986, p. 486, note KARAQUILLO ; G. PICCA, « L'article L. 122-12 (2°) du Code du travail : la fin d'une jurisprudence », concl. sous Cass. soc. 12 juin 1986, Dr. soc. 1986, p. 605, JCP 1986, II, 20705, note G. FLECHEUX et M. BAZEX, préc. ; A. LYON-CAEN, « À propos de l'arrêt Desquenue et Giral », Dr. soc. 1986, p. 848.

³ En ce sens, G. COUTURIER, note sous Cass. ass. pl., 16 mars 1990, Dr. soc. 1990, p. 412.

⁴ CJCE, 10 fév. 1988, *Tellerup*, point 10, Dr. soc. 1988, p. 457 ; concl. M. DARMON, Dr. soc. 1988, p. 456 ; note G. COUTURIER, Dr. soc. 1988, p. 459 ; RTD eur. 1988, note P. RODIERE ; D. 1989, 174, note P. POCHET.

⁵ Cass. ass. pl., 16 mars 1990, *SARL Onet* (1^{er} arrêt), *Société Nimoise de Tauromachie* (2^{ème} arrêt), *Touring Club de Paris-Ouest* (3^{ème} arrêt), Bull. civ., n° 4 ; GADT, 4^{ème} éd., 2008, n° 63 ; D. 1990, 305, note Ar. LYON-CAEN ; H. DONTENWILLE, « L'article L. 122-12 du Code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », concl. sous. Cass. ass. pl., 16 mars 1990, Dr. soc. 1990, p. 399 ; Dr. soc. 1990, p. 412, note G. COUTURIER ; Dr. soc. 1990, p. 416, note X. PRETOT.

juridique de l'employeur. Perdre un marché ne présuppose aucunement une telle modification. À ce titre, l'article 2 de la directive définit le cédant comme celui « *qui, du fait d'un transfert (...) perd la qualité d'employeur* »¹. Dès lors que la restructuration n'a pas de répercussions sur la qualité d'employeur, elle ne relève pas des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail. C'est pourquoi, la prise de participation dans une société, ou la cession d'actions entraînant un changement de majorité dans la détention du capital social n'entraîne pas, en principe, l'application des textes imposant le transfert des contrats², ces opérations n'affectant pas la qualité d'employeur. Il n'y a donc pas transfert au sens de la directive du 12 mars 2001 et de l'article L. 1224-1 du Code du travail si la restructuration ne fait pas perdre à l'employeur cette qualité. Ainsi, la perte d'un marché qui, le plus souvent, se résume à la perte d'un client de l'entreprise ne constitue pas par principe un transfert d'entreprise entraînant le maintien des contrats de travail³ ; ce n'est que si la perte du marché implique celle de la qualité d'employeur qu'elle sera justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

L'acte de transfert, pour autant qu'il existe et soit caractérisé par une modification dans la situation juridique de l'employeur et non de l'entreprise, importe donc peu. À ce titre, la Commission européenne a affirmé, sans doute de manière un peu radicale⁴, que « la façon dont intervient le changement d'employeur ne joue aucun rôle »⁵. La nature de l'opération juridique affectant la qualité d'employeur, tout comme l'existence ou non d'un lien de droit unissant les employeurs successifs sont insignifiantes ; seul compte le fait que le transfert ne porte pas atteinte à l'identité de l'entité économique autonome et que l'activité qu'elle exerce soit poursuivie ou reprise. L'indifférence de l'acte de transfert est illustrée par la multitude d'hypothèses dans lesquelles la jurisprudence admet l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Outre les cas légaux visés par le texte⁶, la scission⁷, la reprise de l'entreprise

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 2, §1, a, le cessionnaire étant quant à lui défini comme celui « qui, du fait d'un transfert (...) acquiert la qualité d'employeur » art. 2, §1, b.

² Cass. soc., 23 janv. 2002, Bull. civ. V, n° 24 ; RJS 2002, n° 396 ; JS Lamy 2002, n° 96-5 ; cession de participation simple : Cass. soc., 29 oct. 2002, Bull. civ. V, n° 321 ; D. 2002, IR. 3307 ; RJS 2003, n° 11 ; JS Lamy 2002, n° 112-5.

³ Cass. ass. pl., 16 mars 1990, *SARL Onet* (1^{er} arrêt), préc.

⁴ En ce sens J.-F. CESARO, art. préc.

⁵ Mémoire sur les droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise (document de travail de la Commission) 2004 (non publié), cité par J.-F. CESARO, art. préc.

⁶ Succession : Cass. soc., 16 nov. 1977, Bull. civ. V, n° 617 ; Cass. soc., 10 fév. 1982, Bull. civ. V, n° 82 ; vente : Cass. soc., 28 mars 1996, Bull. civ. V, n° 125 ; fusion : Cass. soc., 6 juin 2000, Bull. civ. V, n° 213 ; Cass. soc., 8 déc. 1976, Bull. civ. V, n° 643 ; Cass. soc., 11 fév. 1982, Bull. civ. V, n° 89 ; transformation du fonds : Cass. soc., 16 nov. 1993, Bull. civ. V, n° 271 ; mise en société de l'entreprise : Cass. soc., 7 juil. 1981, Bull. civ. V, n° 675.

⁷ Cass. soc., 28 fév. 1974, Bull. civ. V, n° 154 ; Cass. soc., 5 fév. 1975, Bull. civ. V, n° 54 ; D. 1975, IR. 52 ; Cass. soc., 2 mars 1999, RJS 1999, n° 479.

cédée à bail¹ ou, à l'inverse, la mise en location d'un fonds², l'externalisation d'une activité³ (par filialisation⁴ ou recours à la sous-traitance⁵), la succession de concessionnaires⁶ ou de locataires-gérants⁷, ou au contraire la reprise en gestion directe⁸ peuvent être constitutifs de transferts imposant le maintien des contrats à condition de ne pas porter atteinte à l'identité de l'entité économique transférée et de permettre la poursuite de son activité. De même, le fait que la cession soit décidée par les dirigeants de l'entreprise ou « imposée » par une autorité judiciaire dans le cadre d'une procédure collective est également indifférent.

656. Indifférence de la réalisation de la cession dans le cadre d'une procédure collective. Sous l'empire de la jurisprudence faisant de la théorie de l'entreprise-activité le critère du maintien impératif des contrats avec le repreneur, le juge français décidait que dès lors que les mêmes possibilités d'emploi subsistaient après le transfert, que ce dernier soit effectué dans le cadre d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire n'avait guère d'importance, les contrats devaient être poursuivis par le repreneur⁹. Lorsqu'elle abandonna la théorie de l'entreprise-activité au profit de celle de l'entreprise-organisation, la Cour de cassation maintint cette solution. Ainsi, s'appuyant sur « l'identité de conception et de contenu (...) entre (...) les notions du droit des procédures collectives et (...) la notion d'entité économique (autonome) du droit du travail définie par la jurisprudence »¹⁰, la Cour de

¹ Cass. soc., 28 janv. 2003, n° 01-44.667 ; CJCE, 17 déc. 1987, *Ny Mølle Kro*, Rec. p. 5465.

² Cass. soc., 12 fév. 1991, n° 89-19.391.

³ Cass. soc., 31 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 31 ; Dr. soc. 2001, p. 455, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 23 janv. 2002, RJS 5/02, n° 533 ; Cass. soc., 22 mars 2006, n° 03-44.941, inédit.

⁴ Cass. soc., 2 mars 1999, RJS 1999, n° 479.

⁵ Cass. soc., 31 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 31, préc. ; CJCE, 2 déc. 1999, aff. C-234/98, *Allen*, Rec., p. 8643.

⁶ CJCE, 10 fév. 1988, *Tellerup*, préc. ; Cass. soc., 20 oct. 2004, RJS 2005, n° 14 ; Cass. soc., 11 juin 2002, Bull. civ. V, n° 187 ; Cass. soc., 18 juin 1970, Bull. civ. V, n° 423.

⁷ Cass. soc., 7 mars 1989, Bull. civ. V, n° 181 ; RJS 1989, n° 296 ; Cass. soc., 26 sept. 1990, RJS 1990, n° 84 ; Cass. soc., 12 mai 1998, Bull. civ. V, n° 241.

⁸ Cass. soc., 21 juil. 1993, RJS 1993, n° 1070 ; Cass. soc., 9 avr. 1997, Bull. civ. V, n° 199 ; Cass. soc., 24 sept. 2002, RJS 2002, n° 1356 ; Cass. soc., 9 juil. 1986, Dr. soc. 1986, p. 836, note H. BLAISE ; Cass. soc., 3 mars 1993, TPS 1993, comm. 201 ; Cass. soc., 22 oct. 1987, Bull. civ. V, n° 593 ; Cass. soc., 27 mars 1985, Bull. civ. V, n° 219 ; CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-127/96, C-229/99, et C-74/97, RJS 1999, n° 315, 1ère espèce.

⁹ V. not. Cass. soc., 30 nov. 1978, Bull. civ. V, n° 814 ; Cass. soc., 19 mars 1981, Bull. civ. V, n° 234 ; Cass. soc., 19 juin 1987, D. 1987, IR. 165 relatifs à l'application de L. 1224-1 au transfert résultant d'une location-gérance mise en œuvre dans le cadre d'une procédure collective ; Cass. soc., 27 juin 1990, Bull. civ. V, n° 318 relatif au transfert d'une entreprise intervenant alors que le cédant était soumis à l'ancienne procédure de règlement judiciaire ; Cass. soc., 19 oct. 1993, RJS 1993, n° 1179 à propos d'une cession décidée par le tribunal de la procédure dans le cadre d'un redressement judiciaire ; Cass. soc., 21 mars 1990, Bull. civ. V, n° 133 ; Cass. soc., 8 juil. 1992, Bull. civ. V, n° 446 ; Cass. soc., 23 mars 1994, Bull. civ. V, n° 103 ; RJS 1994, n° 525 appliquant L. 1224-1 à des cessions d'unités de production dans le cadre d'une liquidation judiciaire (régime antérieur à la Loi n° 2005-845, du 26 juil. 2005, de sauvegarde des entreprises, JORF du 27 juil. 2005, p. 12187).

¹⁰ Y. CHAGNY, « La situation des salariés de l'entreprise en difficulté - Le sort des contrats de travail », RJS 11/99, p. 819 ; en ce sens également P. BAILLY, « À propos de deux applications controversées de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail », RJS 2/07, p. 115.

cassation applique l'article L. 1224-1 du Code du travail aux cessions intervenues dans le cadre de procédures collectives. Elle affirme que « *la cession de l'entreprise en redressement judiciaire arrêtée par le tribunal de la procédure, laquelle cession, lorsqu'elle est partielle, ne peut être ordonnée que si elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation sur la composition desquels le tribunal doit statuer et qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activité, a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome et de tout ou partie des emplois qui sont attachés ; (...) il en résulte que la cession entraîne de plein droit le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et par voie de conséquence la poursuite, avec le cessionnaire, des contrats de travail des salariés qui ne sont pas licenciés en exécution du plan de redressement* »¹. Une sorte de présomption d'application de l'article L. 1224-1 du Code de travail en cas de cession décidée dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire est donc instituée dans cet arrêt par la Cour de cassation. Une présomption comparable résulte de la jurisprudence applicable en cas de cession d'unité de production intervenant dans le cadre d'une liquidation judiciaire², dans le régime antérieur à la loi du 26 juillet 2005³.

Si l'article L. 1224-1 du Code du travail a vocation à s'appliquer au transfert d'une entreprise en difficulté dès lors qu'il porte sur une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise et l'identité maintenue, la spécificité de la situation de l'entreprise en difficulté justifie une dérogation au maintien impératif des contrats de travail. Ainsi, alors que le principe est que les licenciements prononcés en raison du transfert sont sans effet, une dérogation, strictement encadrée, est prévue par le droit français, autorisant la rupture des contrats en cas de cession d'entreprise décidée dans le cadre d'une procédure collective. Cette exception à l'impérativité de principe de l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail est conforme au droit européen. En effet, si la directive européenne dans sa rédaction de 1977 ne contenait aucune disposition relative à l'éventuel transfert des contrats de travail en cas de cession intervenue dans le cadre d'une procédure collective, sa modification

¹ Cass. soc., 6 juil. 1999, n° 97-42.231 ; RJS 8-9/99, n° 1027.

² V. notamment, Cass. soc., 27 oct. 1999, n° 97-43.194 dans lequel elle énonce « *qu'aux termes de l'article 155 de la loi du 25 janv. 1985, la cession globale des unités de production composées de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier de l'entreprise en liquidation judiciaire peut être autorisée par le juge-commissaire ; que, pour choisir l'offre qui lui paraît la plus sérieuse, le juge-commissaire doit vérifier, outre que cette offre permet, dans les meilleures conditions, d'assurer durablement l'emploi, que l'unité de production dont la cession est envisagée correspond à un ensemble d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ; qu'il en résulte que la cession entraîne de plein droit le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et, par voie de conséquence, la poursuite, avec le cessionnaire, des contrats de travail des salariés de l'unité de production transférée* ».

³ Loi n° 2005-845, du 26 juil. 2005, préc. Si, avant cette loi, il existait des régimes juridiques distincts selon que la cession intervenait dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, désormais le régime des cessions ordonnées dans le cadre d'une procédure collective, quelle qu'elle soit, est uniforme.

intervenue en 1998 fut l'occasion de consacrer la jurisprudence de la CJUE définissant le critère déterminant de l'application de la directive en cas de transfert intervenu dans le cadre d'une procédure collective¹. Ce critère est « *l'objectif poursuivi par la procédure en cause* »² : soit la procédure collective, dans le cadre de laquelle le transfert est décidé, a pour but la poursuite de l'activité de l'entreprise, auquel cas la directive s'applique³ ; soit elle vise à liquider les biens du cédant pour désintéresser les créanciers et son application est dès lors exclue⁴. Désormais, l'article 5 § 1 de la directive énonce que « *sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 (relatifs au maintien des droits des travailleurs) ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise (...) lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente* »⁵. Si le droit européen exclut, logiquement, l'application de la directive lorsque la procédure collective n'a d'autre but que la liquidation des biens du débiteur aux fins de désintéresser ses créanciers dans la mesure où l'activité de l'entreprise n'est en principe pas poursuivie, elle laisse toutefois le droit aux Etats membres de prévoir des dispositions plus favorables aux travailleurs.

La circonstance que le transfert intervienne dans le cadre d'une procédure collective est donc indifférente s'agissant de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, tout comme la forme juridique de la restructuration entraînant la modification dans la situation juridique de l'employeur, seul importe le fait que la cession ne remette pas en cause la continuité de l'entité économique autonome.

B - La pérennité de l'entreprise.

¹ Dir. n° 77/187/CEE, du 14 fév. 1977, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, JOCE, n° L. 61, 5 mars 1977, p. 26, modifiée pour la première fois par la directive n° 98/50/CE, du 29 juin 1998, JOCE n° L. 201, 17 juil. 1998, p. 88

² CJCE, 25 juil. 1991, aff. C-362/89, *Giusseppe d'Urso*, Rec., p. I-4105, point 26.

³ CJCE, 25 juil. 1991, aff. C-362/89, préc., point 32.

⁴ CJCE, 25 juil. 1991, aff. C-362/89, préc., point 31. Avant de fixer ce critère de l'application de la directive en cas de procédure collective la CJUE, dans l'arrêt *Abels*, avait énoncé que la directive avait vocation à s'appliquer au transfert décidé dans le cadre de la procédure néerlandaise de « *surseance van betaling* » (Sursis de paiement ; CJCE, 7 fév. 1985, aff. C-135/83, *Abels*, Rec. p. 0469 ; dans le même sens CJCE, 7 fév. 1985, aff. C-19/83, *Knud Wendelboe et al.*, Rec. p. 0457), cette procédure visant « *en premier lieu la sauvegarde de la masse et, le cas échéant, la poursuite de l'activité de l'entreprise au moyen d'un sursis collectif de paiement en vue de trouver un règlement permettant d'assurer l'activité de l'entreprise à l'avenir* »⁴. Puis elle avait affirmé que « *le seul fait que le transfert d'une entreprise (...) est intervenu après la cessation des paiements de la société cédante ne suffit pas pour exclure lesdites transactions du champ d'application de la directive* »⁴ (CJCE, 11 juil. 1985, aff. C-105/84, Rec. p. 2639, point 10).

⁵ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 5 § 1.

Pour être justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, il est impératif que le transfert ne remette pas en cause l'identité de l'entité économique autonome. L'activité de l'entreprise doit être poursuivie et son identité maintenue ; à défaut les contrats de travail ne seront pas transmis (1). Si pendant longtemps, la Cour de cassation a vu dans le transfert d'une entité du privé vers le public une atteinte irrémédiable à l'identité de l'entité interdisant l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la censure de cette position par la CJUE l'a contrainte à revoir sa copie. Désormais, le transfert d'une entité économique autonome du privé vers le public ne constitue plus, en soi, un obstacle à la cession des contrats de travail (2).

1 - L'exigence du maintien de l'identité de l'entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise.

657. Une place centrale est accordée au maintien de l'identité de l'entité comme en témoigne l'affirmation régulière de la CJUE selon laquelle « *le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert au sens de la directive est de savoir si l'entité économique cédée conserve son identité ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise* »¹. La Cour affirme ainsi en filigrane que la substitution automatique d'employeurs s'impose dès lors que « *la même entreprise continue sous une direction nouvelle* »², la formule est désuète mais néanmoins pertinente. Le maintien de l'identité implique « non seulement que le cessionnaire poursuive la même activité que celle qui était exercée auparavant par le cédant -ou une activité analogue- mais également que l'ensemble des moyens nécessaires à la poursuite de l'activité - ou les moyens indispensables à l'exercice de cette activité - compte tenu de la spécificité de l'entité transférée en cause, soit cédé »³. C'est encore au moyen de la technique du faisceau d'indices que les juges doivent s'assurer que le transfert n'affecte pas l'identité de l'entité. Selon la CJUE « *la reprise ou non des éléments corporels et incorporels ainsi que l'essentiel des effectifs de l'entreprise, le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'un éventuel arrêt de ses activités en liaison avec le transfert* »⁴ constituent autant d'éléments à prendre en compte pour décider d'appliquer ou non

¹ V. not. CJCE, 14 avr. 1994, *Schmidt*, préc. ; CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayşe Süzen*, préc. ; CJCE, 7 mars 1996, aff. C-171/94 et C-172/94, *Merckx et Neuhuis*, Rec. I-1253.

² Cass. civ., 27 fév. 1934, *Goupy*, préc.

³ Concl. avocat général LEGER sous CJCE, 23 sept. 2000, *Mayeur/Apim*, n° C-175/99, Rec. 2000, I-7755.

⁴ CJCE, 15 juin 1988, aff. 101/87, *Bork*, Rec. p. 3057.

la directive. Le recours à cette technique pour déterminer si le transfert remet ou non en cause l'identité de l'entité contribue à la relative insécurité juridique entourant les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail du fait de la casuistique qu'elle induit. Tout est, de nouveau, question d'appréciation, de pondération des différents indices comme l'exposait l'avocat général Gordon SLYNN dans ses conclusions sous l'arrêt *Spijkers* : « des méthodes nouvelles, des machines nouvelles, une clientèle différente sont, certes, des facteurs pertinents mais aucun d'entre eux ne fait obstacle par lui-même à la réalité d'un transfert d'entreprise ou d'établissement »¹. Pour autant, en dépit de la malléabilité des différentes considérations factuelles, il est possible de dégager les lignes directrices de la jurisprudence tant nationale que communautaire s'agissant de l'appréciation du maintien de l'identité de l'entité transférée.

658. Moment de l'appréciation du maintien de l'identité. Tout d'abord, le maintien de l'identité de l'entité s'apprécie au moment du transfert, et non après. Selon la métaphore photographique développée par le conseiller BAILLY, « il s'agit d'un instantané »². C'est au moment du transfert que les juges doivent s'assurer du maintien de l'identité. La survenance, après le transfert, d'événements affectant l'identité de l'entité ne saurait faire obstacle au maintien des contrats de travail avec le repreneur. Sur ce point, CJUE et Cour de cassation sont en parfait accord. Ainsi, après avoir énoncé que la perte de l'identité de l'entité devait être interprétée strictement, au risque sinon de réduire l'étendue de la protection accordée par la directive, la CJUE affirme que ne saurait être retenue une conception de l'identité de l'entité reposant sur son autonomie organisationnelle³. En effet, une telle conception reviendrait à exclure l'application de la directive lorsque le cessionnaire déciderait de « *dissoudre la partie d'entreprise ou d'établissement acquise et de l'intégrer dans sa propre structure* »⁴. Cette solution ne saurait surprendre dans la mesure où la CJUE a estimé à plusieurs reprises qu'une modification dans la structure organisationnelle de l'entité cédée ne pouvait constituer, à elle seule, un obstacle à l'application de la directive⁵. De même, l'identité de l'entité, à l'instar de

¹ CJCE, 18 mars 1986, *Spijkers*, préc. ; concl. G. SLYNN, Rec. p. 1122.

² P. BAILLY, art. préc.

³ CJCE, 12 fév. 2009, aff. C-466/07, *Dietmar K. / Ferrotron technologies GmbH*, JOUE, 4 avr. 2009, p. 5, point 43 ; M.-H. CHEZLEMAS, « Un changement organisationnel empêche-t-il le maintien de l'identité de l'entité transférée ? », SSL 15 juin 2009, n° 1404, p. 11.

⁴ CJCE, 12 fév. 2009, aff. C-466/07, préc. point 5.

⁵ V. not. CJCE, 7 mars 1996, aff. C-171/94 et C-172/94, *Merckx et Neuhuyss*, préc. ; CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-175/99, *Mayeur*, préc. ; CJCE, 13 sept. 2007, aff. C-458/05, *Jouini*, préc. ; CJCE, 12 fév. 2009, aff. C-466/07, préc.

son autonomie, ne saurait être altérée par un simple changement des supérieurs hiérarchiques les plus élevés¹.

Dans la droite ligne de la position communautaire, la Cour de cassation estime « *que les modifications apportées [après le changement d'employeur] dans [le] fonctionnement [de l'entité économique autonome] par la société cessionnaire n'avaient pas affecté son identité à la date du changement d'employeur* »². Cette solution ne peut qu'être approuvée eu égard au caractère d'ordre public des dispositions nationales et européennes relatives au transfert des contrats de travail. En effet, apprécier le maintien de l'identité au moment du transfert permet d'éviter que le cessionnaire, par sa seule volonté, puisse, en apportant d'importantes modifications à l'entité, faire échec au maintien des contrats de travail. Ainsi, bien que la poursuite de l'activité de l'entité soit une condition de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le cessionnaire d'un fonds qui, après le transfert, décide de ne pas continuer à l'exploiter ne saurait tirer argument de cette cessation d'activité pour s'opposer au maintien des contrats de travail³. En revanche, si l'arrêt de l'activité économique de l'entité objet du transfert est concomitant à ce dernier, l'effet translatif de ce texte ne jouera pas.

659. Nécessaire poursuite de l'exploitation. Pour que la substitution automatique d'employeurs ait lieu il est indispensable qu'au moment du transfert le fonds cédé soit exploitable⁴. À ce titre, s'il est en ruine il ne constitue plus une entité susceptible de poursuivre une activité économique, paralysant dès lors le transfert des contrats de travail, ce qui est on ne peut plus logique puisque « une entreprise morte n'a plus d'identité et son activité ne peut plus être conservée ou reprise »⁵. De même, si à la date de la cessation du contrat de concession automobile, le concédant ne reprend pas l'activité de distribution des véhicules dans le secteur attribué auparavant au concessionnaire, les contrats de travail conclus avec ce dernier ne seront pas transmis au premier en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, faute par lui de poursuivre effectivement l'activité de l'entité antérieurement concédée⁶.

Si la cessation pure et simple de l'exploitation de l'activité économique de l'entité au moment du transfert constitue une entrave au maintien des contrats de travail, il en va

¹ CJUE, 29 juil. 2010, aff. C-151/109, *Europe*, oct. 2010, comm. 336, note L. DRIGUEZ.

² Cass. soc., 13 nov. 2007, n° 06-41.800, inédits ; RDT 2008, p. 35, obs. P. WAQUET ; en ce sens également Cass. soc., 10 juil. 2007, RDT 2007, p. 582, obs. P. WAQUET.

³ Cass. soc., 10 juil. 2001, n° 99-44.977.

⁴ Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 09-42.348 à 09-42.352 ; Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-42.331, inédit.

⁵ En ce sens, P. WAQUET, RDT 2007, p. 35, obs. sous Cass. soc., 11 oct. 2006, n° 05-45.590 inédit.

⁶ Cass. soc., 28 mai 2003, RJS 2003, n° 984, 2^{ème} espèce.

différemment dans l'hypothèse d'une simple suspension temporaire de l'activité¹. Ainsi une interruption « *consacrée à rechercher les conditions de la continuation de l'entreprise* »² ou « *mise à profit pour organiser la reprise de l'activité* »³ ne paralyse pas l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Une suspension de quelques jours ou de quelques mois de l'exploitation de l'activité, dès lors qu'elle a pour but d'organiser sa reprise, ne constitue pas un obstacle au transfert des contrats de travail⁴.

660. Poursuite d'une activité similaire. Pour que le maintien des contrats de travail s'impose, il est impératif non seulement que « *l'exploitation [soit] effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise* », mais aussi qu'il s'agisse des « *mêmes activités économiques ou [d'] activités analogues* »⁵. Si le nouvel entrepreneur, au moment du transfert, modifie profondément l'activité économique exploitée par l'entité, les contrats de travail ne lui seront pas transmis. La Cour de cassation a ainsi écarté l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail lorsque le repreneur d'un bail commercial relatif à un magasin de confection le transforme en magasin de chaussures⁶ ou lorsqu'une société, qui avait confié la gestion de sa cantine à une entreprise de restauration, résilie le contrat qui l'unissait à cette dernière pour finalement s'approvisionner en plats cuisinés à l'extérieur⁷. Il est donc indispensable que l'activité exploitée par l'entité économique autonome soit reprise par le nouvel employeur ou qu'il poursuive, si ce n'est une activité en tous points identique, au moins une activité analogue ou similaire. Tel est le cas par exemple lorsque l'ensemble des moyens nécessaires à l'exploitation d'un restaurant est transféré et que le cessionnaire poursuit une activité de même nature peu important qu'il ait décidé de s'intéresser à une clientèle différente et obtenu pour ce

¹ Cass. soc., 11 oct. 1979, D. 1980, IR. p. 348, obs. P. LANGLOIS ; Cass. soc., 13 juin 1990, Bull. civ. V, n° 276 (interruption de quelques jours) ; CJCE, 17 déc. 1987, aff. C-287/86, Rec. p. 5465 ; Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-45.516 ; JCP S 2009, 1482 (interruption de 2 mois et demi).

² Cass. soc., 3 mars 1982, Bull. civ. V, n° 134.

³ Cass. soc., 17 juin 1981, Bull. civ. V, n° 561.

⁴ Une solution identique s'impose lorsque l'interruption de l'activité d'une entreprise en liquidation judiciaire durant cinq mois est due à l'accomplissement par le cessionnaire des démarches administratives indispensables à l'obtention de l'aide publique conditionnant la réalisation de la cession, dès lors qu'est constatée la poursuite ultérieure de son exploitation, Cass. soc., 28 mai 1997, Bull. civ. V, n° 195 ; RJS 1997, n° 1071.

⁵ CJCE, 15 juin 1988, aff. C-101/87, *Bork*, préc.

⁶ Cass. soc., 13 nov. 2007, n° 06-41.512, RDT 2008, p. 35, obs. P. WAQUET. Il en va ainsi également lorsque le cédant d'un droit au bail exploitait une activité de vente de tissus alors que le cessionnaire tient un commerce de prêt-à-porter, en ce sens Cass. soc., 9 mai 1989, CSB 1989, 151, S. 83.

⁷ Cass. soc., 5 juil. 1983, Bull. civ. V, n° 391 ; D 1984, IR 358, obs. P. LANGLOIS ; Dr. soc. 1984, p. 91, obs. H. BLAISE ; V. également dans l'hypothèse inverse Cass. soc. 12 juil. 2010, RJS 2010, n° 723 ; Dr. soc. 2010, p. 1128, obs. A. MAZEAUD, en l'espèce la Cour de Cassation estime que la substitution, à la fourniture de plats préparés par un traiteur extérieur, d'un service de restauration intérieur assuré par un atelier d'apprentissage professionnel destiné aux travailleurs handicapés et encadrés par des éducateurs spécialisés modifie la nature et l'objet de l'entité faisant ainsi obstacle à l'application de L. 1224-1.

faire une licence de débit de boissons ou remplacé les menus « sportifs » élaborés par le cédant par des menus gastronomiques¹. Dans cette hypothèse, l'identité de l'entité est maintenue et l'article L. 1224-1 du Code du travail doit recevoir application puisque, sans être totalement identique, c'est une activité similaire à celle du cédant qui est poursuivie par le cessionnaire.

661. *Maintien des conditions d'exploitation.* Au-delà de l'activité en elle-même, il est indispensable que les conditions dans lesquelles elle était exploitée par le cédant soient préservées au moment du transfert. Il convient donc pour que la substitution d'employeurs ait lieu, non seulement que le transfert ne modifie pas substantiellement l'activité économique de l'entité, mais aussi que soit constatée une certaine similarité dans les conditions d'exploitation avant et après le transfert. Le maintien de l'identité implique donc la poursuite effective de l'activité antérieure par le cessionnaire ainsi que le transfert des moyens corporels ou incorporels indispensables à l'exercice de cette activité².

Si un bouleversement affecte les conditions d'exploitation de l'entité, ou qu'un démembrement de son activité est constaté, son identité est remise en cause et, de ce fait, la substitution d'employeurs ne s'opèrera pas en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. À ce titre, si, suite à la résiliation d'un contrat de concession exclusive, aucun nouveau concessionnaire unique ne reprend la distribution des véhicules de la marque, mais que leur vente est désormais répartie entre plusieurs entreprises distinctes, cet éclatement de l'activité constitue un obstacle à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail³. Au-delà de l'éclatement de l'activité, si les différents éléments ayant permis de caractériser l'entité économique autonome se trouvent profondément modifiés du fait du transfert, le maintien des contrats de travail ne pourra être imposé⁴. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu décider dans

¹ Cass. soc., 12 oct. 2004, RJS 2004, n° 1249. Il en va de même lorsque le cessionnaire reprend l'activité agricole principale du cédant ainsi que les moyens matériels indispensables à son exploitation, peu important en revanche qu'il ne poursuive pas les activités annexes ou secondaires. Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-41.274, inédit.

² En ce sens, conclusions de l'Avocat général LEGER dans l'affaire *Mayeur*, préc.

³ Cass. soc., 28 mai 2003, Bull. civ. V, n° 177, 1^{er} arrêt ; RJS n° 984, 1^{ère} espèce ; dans le même sens Cass. soc., 23 fév. 2005, n° 02-45.527, à propos de la division de l'activité d'un agent d'assurances entre plusieurs cabinets, division faisant perdre à l'entité son identité et interdisant dès lors à la salariée de cette entreprise de se prévaloir du bénéfice L. 1224-1 ; dans le même sens Cass. soc., 7 mai 2003, n° 01-43.473 ; Cass. soc., 23 oct. 2007, n° 06-45.289 ; JCP S 2008, n° 16, 1232, note P. MORVAN ; CSBP 2008, n° 191, obs. F.-J. PANSIER ; JCP E 2008, n° 22, p. 39, obs. P. MORVAN ; Cass. soc., 7 juil. 2010, n° 08-45.351, inédit.

⁴ Il en va ainsi lorsque deux sociétés se succédant sur un marché de destruction de déchets urbains mettent en œuvre des « procédés techniques » différents, il appartient alors au juge, pour décider si les salariés de la première passent au service de la seconde, de vérifier que cette différence de procédés techniques n'affecte pas l'identité de l'entité ; Cass. soc., 18 oct. 1983, Bull. civ. V, n° 503 ; D. 1984, IR. p. 358, 2^{ème} esp., note P. LANGLOIS. De même, lorsque le repreneur de l'activité met en place de nouvelles installations automatisées ne

une hypothèse où l'activité était poursuivie à l'identique et les emplois inchangés, que le transfert des contrats ne s'imposait pas dès lors que le cessionnaire utilisait son propre matériel¹. Pour mémoire, si CJUE et Cour de cassation voient dans la reprise par le cessionnaire du personnel du cédant un indice du maintien de l'identité², la première considère que dans les secteurs de main-d'œuvre la présence de ce seul indice suffit à rendre applicable la directive, tandis que la seconde exige en toute hypothèse la présence d'éléments matériels corporels ou non³.

Pour que l'identité de l'entité économique autonome soit maintenue, il est donc indispensable que les éléments qui ont permis de la caractériser soient transmis au cessionnaire, à savoir : son activité économique, les conditions de son exploitation, les moyens humains, mais aussi matériels qui lui étaient affectés. CJUE et Cour de cassation subordonnent la substitution d'employeurs au fait que le transfert n'affecte pas la continuité et l'identité de l'entreprise ce qui implique « qu'elle ne se dissolve pas immédiatement au moment où elle est reprise »⁴ ; peu important qu'après, des modifications soient apportées par le cessionnaire à l'entité. L'article L. 1224-1 du Code du travail a en effet pour objectif de protéger l'emploi en cas de restructuration induisant un changement d'employeur, en assurant le maintien de leur contrat avec le nouvel entrepreneur. Cet article ne saurait en aucun cas lui interdire de faire évoluer l'entreprise devenue sienne et de la réorganiser comme bon lui semble. La liberté d'entreprendre du nouvel employeur est préservée après le transfert, il peut apporter toutes les modifications qu'il désire au fonctionnement de l'entité, sans pour autant faire échec à la poursuite des contrats de travail, dès lors qu'au jour du transfert aura été constaté le maintien de son identité.

Si, mise à part leur divergence relative aux secteurs de main d'œuvre, CJUE et Cour de cassation s'accordent aujourd'hui sur les conditions dans lesquelles l'identité de l'entité est maintenue, tel ne fut pas toujours le cas. En effet, le transfert d'une entité économique

nécessitant plus aucun personnel et entraînant de fait la disparition des activités, L. 1224-1 ne saurait recevoir application, en ce sens, Cass. soc., 23 mai 1984, Bull. civ. V, n° 221.

¹ Cass. soc., 12 déc. 1990, RJS 1991, n° 158 (1^{ère} espèce) ; Il en va de même quand, à l'issue d'un contrat de location-gérance, le locataire récupère son outillage ainsi que le fichier clientèle, Cass. soc., 31 oct. 1989, Bull. civ. V, n° 622 ; en ce sens également Cass. soc., 4 juin 2003, n° 01-40.721, *a contrario*.

² En ce sens, J.-F. CESARO, art. préc.

³ Ainsi, dans un arrêt du 2 juillet 2003, la Cour de Cassation a approuvé une Cour d'appel qui, après avoir constaté que « le juge commissaire [n'ayant] ordonné que la seule vente de gré à gré du fonds de commerce [du cédant au repreneur], en sorte que [celui-ci] n'était devenu cessionnaire d'aucun élément corporel ou incorporel [du cédant] et que l'entité économique constituée par l'agence commerciale de commercialisation des produits [du cédant] n'avait pas conservé son identité », a refusé d'appliquer L. 1224-1 en l'espèce ; Cass. soc., 2 juil. 2003, n° 01-43.466, inédit.

⁴ P. WAQUET, RDT 2007, p. 583, obs. préc.

autonome du privé vers le public constituait selon la Cour de cassation une atteinte à l'identité de l'entreprise telle que l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail était inenvisageable. Sous l'impulsion de la jurisprudence de la CJUE, la Cour de cassation a depuis lors révisé sa position. Désormais, le passage du secteur privé au secteur public n'est plus considéré comme un obstacle insurmontable au maintien des contrats de travail.

2 - Le transfert du privé vers le public.

662. La question du maintien de l'identité en cas de changement des conditions d'exploitation s'est posée quand une entité passait d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public, ou inversement. Ainsi, jusqu'en 2002, la Cour de cassation considérait que le transfert d'une entité économique autonome d'un employeur personne privée à un service public à caractère administratif (SPA) constituait une modification juridique d'une telle importance qu'elle faisait perdre à l'entité économique son identité et, partant, faisait obstacle à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail¹. Il en allait de même lorsqu'une entité économique gérée par un SPA était reprise par une personne privée après dissolution de l'établissement public, une telle cession ne pouvant caractériser le transfert d'une entité économique conservant son identité². En revanche, lorsque le transfert d'une entité économique autonome impliquait un service public à caractère industriel et commercial (SPIC), qu'il s'agisse du cédant ou du cessionnaire, l'article L. 1224-1 du Code du travail pouvait recevoir application dès lors que l'activité de l'entité était poursuivie et son identité maintenue. Cette position était également celle du Conseil d'État qui s'opposait à l'application de ce texte lorsqu'une activité gérée par une personne privée était transférée à une personne publique l'exploitant sous la forme d'un SPA³; mais admettait en revanche le maintien des contrats de travail en cas de reprise sous la forme d'un SPIC⁴.

663. La stabilité des solutions des deux Hautes juridictions française fut cependant ébranlée par la jurisprudence de la CJUE. En effet, face au silence de la directive sur ce point, la CJUE a adopté une conception restrictive des activités administratives exclues de son champ d'application en affirmant que « *ne constitue pas un transfert au sens de la directive, la*

¹ Cass. soc., 7 fév. 1980, Bull. civ. V, n°115 ; Cass. soc., 7 oct. 1992, JCP 1992, II, 21793, rapp. P. WAQUET; Cass. soc., 2 oct. 1985, Bull. civ. V, n° 42; Cass. soc., 10 juil. 1995, RJS 1995, n° 866.

² Cass. soc., 1^{er} déc. 1995, RJS 1996, n° 6.

³ CE, 23 oct. 1987, *Siguier*, Rec., p. 324

⁴ CE, 13 nov. 1991, *M. Cholet, Melle Langlois*, n° 47622 et 49048.

réorganisation de structures de l'administration publique ou le transfert d'attributions administratives entre administrations publiques »¹. Il ressortait donc de l'arrêt *Hencke*, qu'outre les hypothèses dans lesquelles les activités économiques transférées sont purement accessoires de l'activité administrative², celles impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique ne pouvaient relever du domaine d'intervention de la directive³. Cette jurisprudence fut consacrée par le législateur communautaire de 1998⁴.

Par ailleurs, la CJUE, dans l'arrêt *Mayeur*, a affirmé que « *les articles 1^{er}, § 1, et 2, sous b, de la directive n° 77/187 ne permettent dès lors pas d'exclure du champ d'application de celle-ci le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public, en raison du seul fait que le cessionnaire de l'activité est un organisme de droit public agissant dans le cadre des règles spécifiques du droit administratif* »⁵.

664. La position de la CJUE ne laissant place à aucune interprétation, la Cour de cassation n'avait d'autre choix que d'en prendre acte et de procéder à un revirement de jurisprudence pour se mettre en conformité avec le droit européen, ce qu'elle fit en 2002 en énonçant que « *la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité transférée* »⁶. Cet arrêt ne signifie pas pour autant que tout transfert d'une entité économique autonome d'un employeur privé vers un SPA relève de l'article L. 1224-1 du Code du travail. À ce titre, la CJUE elle-même émet une réserve quant à l'application de la directive dans une telle hypothèse. En effet, si le passage du privé au public ne constitue pas, selon elle, un obstacle irrémédiable à l'application de la directive, « *il ne saurait être exclu que, dans certaines circonstances, des éléments tels que l'organisation, le fonctionnement, le financement, la gestion et les règles de droit applicable,*

¹ CJCE, 15 oct. 1996, aff. C-298/94, *Hencke*, Rec. CJCE, p. 4989.

² CJCE, 15 oct. 1996, aff. C-298/94, *Hencke*, préc.

³ Par ex. CJCE, 15 oct. 1996, aff. C-298/94, *Hencke*, préc. ; CJCE 10 déc. 1998, aff. C-173/96 et C-247/96, *Sanchez Hidalgo*, Rec., p. 8237.

⁴ Désormais, l'article 1, §1, c, de la directive dispose que « la présente directive est applicable aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif. Une réorganisation administrative d'autorités administratives publiques ou le transfert de fonctions administratives entre autorités administratives publiques ne constitue pas un transfert au sens de la présente directive », Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 1, § 1, c.

⁵ CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-179/99, *Mayeur*, préc.

⁶ Cass. soc., 25 juin 2002, Bull. civ. V, n° 209 ; RJS 2002, n° 1078 ; AJDA 2002, p. 695, note S. PUGEAULT ; Dr. soc. 2002, p. 1013, note A. MAZEAUD ; JCP G 2002, 1969, note G. CLAMOUR ; D. 2002, somm., comm. 3117 ; O. CASTRIC, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise du secteur privé au secteur public », RFDA 2002, p. 1134 ; J.-G. MAHINGA, « Transfert d'entreprise du secteur privé au secteur public », LPA 2003, n° 44, p. 13.

caractérisent une entité économique de manière telle qu'une modification de ces éléments en raison du transfert de cette entité entraînerait un changement de son identité »¹. Le passage du privé vers le public, et inversement, ne constitue pas, en lui-même, une remise en cause de l'identité de l'entité transférée, cependant une telle éventualité ne saurait être exclue. Depuis cet arrêt du 25 juin 2002, la Cour de cassation applique l'article L. 1224-1 du Code du travail au transfert réalisé du privé vers un SPA ou un SPIC, et *vice versa*, dès lors qu'est caractérisé le transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie et l'identité maintenue².

Dans un tel contexte, le Conseil d'État ne pouvait maintenir sa jurisprudence antérieure excluant l'application de cet article au transfert d'entreprise mettant en cause un SPA. La Haute juridiction administrative a donc, elle aussi, procédé à un revirement de jurisprudence dans l'arrêt *Lamblin*³, rendu quelques mois après que le Tribunal des conflits a lui-même estimé que l'article L. 1224-1 du Code du travail avait bien vocation à régir les transferts intervenant entre un employeur privé et un SPA, le juge compétent restant le juge judiciaire dans la mesure où l'application de ce texte n'a pas pour effet de modifier la nature des contrats qui restent de droit privé⁴.

665. Ainsi, l'acte de transfert en lui-même importe peu, tout comme la présence d'une personne morale de droit public. Seul compte le fait que le transfert n'affecte en rien l'identité de l'entité économique autonome dont l'activité doit être poursuivie. Si le principe est clair, son application se révèle beaucoup plus délicate dans la mesure où tout est affaire de casuistique. Le recours à la technique du faisceau d'indices ne contribue guère à clarifier véritablement les positions jurisprudentielles. Direction d'entreprise et salariés se trouvent dès lors souvent placés dans une certaine insécurité juridique ne sachant pas toujours avec certitude si l'article L. 1224-1 du Code du travail a, ou non, vocation à s'appliquer. En vertu des jurisprudences combinées de la Cour de cassation et de la CJCE, la substitution d'employeurs s'impose dès lors qu'a lieu le transfert d'une entité économique autonome

¹ CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-179/99, *Mayeur*, préc.

² V. not. Cass. soc., 14 janv. 2003, Bull. civ. V, n° 3 ; Cass. soc., 17 déc. 2003, Bull. civ. V, n° 318 ; JCP E 2004, I, obs. P. MORVAN ; Cass. soc., 24 fév. 2004, RJS 5/04, n° 506 ; Cass. soc., 23 fév. 2005, RJS 5/05, n° 479 ; Cass. soc., 13 juin 2006, RJS 8-9/06, n° 923 ; RDT 2006, p. 177 ; Cass. soc., 23 oct. 2007, JCP S 2008, n° 16, 1232, note P. MORVAN.

³ CE, 22 oct. 2004, *Lamblin*, Dr. soc. 2005, p. 43 ; concl. du Commissaire du gouvernement E. GLASER, Dr. soc. 2005, p. 37 ; AJDA 2004, p. 2153, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; RJS 1/05, n° 12.

⁴ TC, 19 janv. 2004, *Devun* ; Dr. soc. 2004, p. 433, obs. A. MAZEAUD ; JCP E 2004, II, 930, note F. DUQUESNE ; Dr. ouvrier 2004, p. 146, concl. J. DUPLAT ; RJS 5/2004, n° 506, 2^{ème} esp. ; TC, 21 juin 2004, *Commune de Saint Léger sur Roanne*, AJDA 2004, p. 2061, obs. J. MARTIN ; TC 14 fév. 2005, RJS 8-9/05, n° 805.

entendue comme un ensemble organisé de moyens humains et matériels affectés à l'exercice d'une activité poursuivant un objectif propre ; l'acte de transfert en lui-même important peu tant qu'il ne remet pas en cause l'identité de l'entité dont l'activité est poursuivie.

Eu égard aux effets sur la situation tant des entrepreneurs successifs que des salariés qu'implique l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, on ne peut que regretter l'insécurité juridique particulièrement malvenue découlant de la relative obscurité qui continue d'entourer ses conditions d'application. Résultant non seulement de l'écriture à « quatre mains » des conditions du maintien des contrats de travail par les juges nationaux et européens mais aussi du recours à la technique du faisceau d'indices impliquant une casuistique regrettable, cette obscurité ne semble guère sur le point de se dissiper. C'est pourquoi, afin de se prémunir contre le flou regrettable entourant les conditions d'application du maintien des contrats de travail, les partenaires sociaux de nombreuses branches ont institué des systèmes conventionnels de transfert des contrats.

666. Conventions collectives prévoyant le maintien des contrats. En réaction à l'insécurité juridique entourant la réunion des conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail notamment en cas de succession de prestataires de service, les partenaires sociaux des secteurs « dont l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre » ont conclu des conventions collectives instituant le transfert conventionnel des contrats de travail afin de sécuriser les relations entre salariés et employeurs¹. La Cour de cassation admet la licéité de ces dispositions conventionnelles, tout comme elle reconnaît aux parties la possibilité de « *convenir d'une application volontaire de l'article [L. 1224-1] du Code de travail* », lorsqu'une restructuration n'entre pas dans son champ d'application². En dépit de l'absence de transfert d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue et l'activité reprise, le transfert des contrats de travail peut donc résulter de la conclusion d'une convention particulière entre les prestataires successifs, ou de l'application d'une convention de branche.

¹ Avenant n° 3 du 26 fév. 1986 à la CCN du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983 ; avenant du 24 fév. 1986 à la CCN du personnel des entreprises de manutention ferroviaire ; accord du 16 juin 1987 modifiant la convention collective de la région parisienne concernant le personnel de l'industrie, ; de la manutention et du nettoyage sur les aéroports ouverts à la circulation publique du 1^{er} oct. 1985 ; avenant n° 1 à l'annexe VII du 29 mars 1990 de la CCN des entreprises de nettoyage de locaux désormais en vigueur en vertu de la CCN des entreprises de propreté du 1^{er} juil. 1994 ; avenant n° 44 du 12 juil. 1993 à la CCN des activités du déchet du 25 mars 1957, remplacé depuis lors par l'accord n° 15 du 13 déc. 2005 sous l'empire de la CCN du 11 mai 2000 ; l'avenant du 18 oct. 1995 à la CCN des entreprises de prévention et de sécurité, auquel a succédé l'accord du 5 mars 2002.

² Cass. soc., 17 mars 1993, Bull. civ. V, n° 88 ; RJS 1993, n° 377 ; Cass. soc., 3 avr. 1991, Bull. civ. V, n° 163 ; Cass. soc., 4 mai 1994, Bull. civ. V, n° 160.

En général, les dispositions conventionnelles prévoient la reprise de la majeure partie des salariés affectés au marché, sans imposer pour autant la reprise de l'ensemble du personnel. Des conditions d'ancienneté et d'assiduité minimale auprès de l'employeur initial sont ainsi le plus souvent fixées par les conventions collectives, parfois certaines ne prévoient que le transfert du personnel appartenant à une catégorie professionnelle précise¹. Le régime juridique applicable aux transferts conventionnels des contrats de travail diffère de celui applicable lorsque la restructuration relève des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail. En effet, à la différence du maintien légal des contrats avec le nouvel employeur qui s'impose aux salariés affecté à l'entité économique transférée, la poursuite du contrat de travail résultant de l'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail ou de dispositions conventionnelles est pour sa part subordonnée à l'accord du salarié². La Cour de cassation a ainsi affirmé que « *lorsque les conditions de l'article [L. 1224-1] du code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail* »³. Après avoir énoncé que le changement d'employeur constituait une modification du contrat, la Cour de cassation a considéré qu'il constituait une novation du contrat de travail⁴, revirement motivé par la volonté de ne pas soumettre le changement d'employeur réalisé en dehors des prévisions de l'article L. 1224-1 du Code du travail à la procédure de l'article L. 1226-2 applicable en cas de modification du contrat de travail pour un motif économique. Toutefois, il nous semble que la substitution d'employeurs constitue en réalité une cession du contrat, et non une modification ou une novation, cession qui justifie qu'en dehors de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail l'accord exprès du salarié à la poursuite de son contrat avec le nouvel employeur soit requis. En effet, qualifier de simple modification du contrat la substitution d'employeurs apparaît peu conforme à *l'intuitu personae* attaché au contrat de travail. Quant à la qualification de novation qui implique, au-delà de *l'animus novandi*, l'extinction totale du contrat initial, elle n'apparaît pas plus appropriée⁵. Ainsi, l'effet extinctif

¹ Pour une étude approfondie de l'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail et du transfert conventionnel des contrats, V. P. MORVAN, *op. préc.* pp. 159-181

² Cass. soc., 7 nov 1989, Bull. civ. V, n° 644 ; Cass. soc., 2 avr. 1998, RJS 1998, n° 372.

³ Cass. soc., 10 oct. 2006, RDT 2006, p. 391, obs. P. WAQUET ; D. 2006, IR 2691 ; RJS 1/07, n° 13 ; JS Lamy 2006, n° 200-6 ; SSL 2006, n° 1279, p. 10.

⁴ Cass. soc., 8 avr. 2009, Dr. soc. 2009, p. 817 ; A. MAZEAUD, « L'accord du salarié au transfert de son contrat en cas d'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail », Dr. soc. 2009, p. 813 ; A. CHIREZ, « Le changement « volontaire » d'employeur : une novation exigeant l'acceptation express du salarié en cours de contrat », Dr. ouv. 2010, p. 17.

⁵ Sur la novation, V. P. SIMLER, JCP Cl. Civ., Fasc. n° 10.

de la novation semble écarté par la Cour de cassation lorsqu'en cas d'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail elle interdit au nouvel employeur de prévoir une clause stipulant une période d'essai¹. Par ailleurs, dans la mesure où rien ne justifie que la substitution d'employeurs relève d'une qualification distincte selon qu'elle se déroule en application ou non de l'article L. 1224-1, la qualification de novation ne peut être retenue puisque, lorsque ce texte s'applique, le transfert des contrats s'impose en dépit d'une volonté contraire des employeurs successifs ou du salarié, ce qui exclut la caractérisation de l'*animus novandi* indispensable à la novation d'un contrat. De surcroît, ce texte organisant la poursuite du **même contrat** avec le cessionnaire, l'aspect extinctif des obligations propre à la novation est également pour le moins difficile à démontrer. C'est pourquoi, il semble que le changement d'employeur, qu'il résulte ou non l'application de l'article L. 1224-1, devrait être qualifié de cession de contrat². Si pendant longtemps la Cour de cassation a considéré qu'en dehors des cas où elle était organisée par le législateur, la cession de contrats résultant d'une convention était prohibée comme contraire à l'interdiction de la cession de dettes³, il n'en va plus ainsi à l'heure actuelle. Conformément au droit commun, elle admet désormais la cession conventionnelle des contrats de travail, à condition, tout de même, de recueillir l'accord du cédé⁴, en l'occurrence le salarié. À défaut, le lien contractuel initial entre cédant et cédé subsiste⁵. Ainsi, il semble qu'en dépit de ce qu'a pu affirmer la Cour de cassation, le changement d'employeur constitue une cession du contrat de travail d'un employeur à l'autre qui, en dehors de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail où la cession est imposée par la loi, requiert l'accord du cédé *id est* du salarié. À ce titre nous ne partageons pas l'opinion de certains auteurs qui militent pour que le transfert des contrats prévu par une convention collective s'impose au salarié qui ne pourrait s'y opposer⁶. Non seulement retenir cette proposition serait contraire au droit commun des contrats qui soumet toute cession

¹ Cass. soc., 1^{er} fév. 1995, Dr. soc. 1995, p. 383.

² En ce sens, A. SUPIOT, art. préc.

³ Sur cette question, V. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, Thémis, 2004, n° 181, pp. 480 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLAU, « Les effets du contrat », in *Traité de droit civil*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, pp. 1113 et s., P. MALAURIE, L. AYNES, et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, p. 465.

⁴ Cass. com., 7 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 3, RTD Civ. 1992, p. 762, obs. J. MESTRE ; et étendant la solution en l'absence d'*intuitu personae* : Cass. com., 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 117.

⁵ Cass. com., 7 janv. 1992 ; Cass. com., 6 mai 1997, préc.

⁶ Sur les arguments développés à l'appui de cette thèse, V. P. MORVAN, « Application conventionnelle de l'article L. 122-12 et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement », JCP S 2006, n° 1964, p. 7 ; P. MORVAN, opus préc., pp. 156 et s. ; V. contra Y. CHAGNY, « La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services », RDT 2007, p. 78.

conventionnelle de contrat à l'accord du cédé¹, mais surtout cela porterait atteinte à la liberté contractuelle du salarié et à son droit fondamental de choisir son employeur. S'il nous semble que le changement d'employeur ne constitue pas une novation comme l'affirme la Cour de cassation mais une cession du contrat, nous approuvons pleinement en revanche l'exigence jurisprudentielle d'un accord exprès du salarié pour que le transfert du contrat ait lieu en dehors des prévisions de l'article L. 1224-1 du Code du travail². Il convient d'indiquer que l'existence de dispositions conventionnelles organisant le transfert ne saurait faire échec à l'application du régime légal, lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies, ce texte étant d'ordre public. Dans une telle hypothèse, il y aura une application concurrente des régimes légal et conventionnel et le transfert des contrats de travail ne requerra nullement l'accord du salarié puisque, lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique, le maintien des contrats avec le nouvel employeur s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés.

Ainsi, dès lors qu'est caractérisé le transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie et l'identité maintenue, les contrats de travail des salariés sont maintenus avec le cessionnaire en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Faute d'avoir la moindre emprise sur la décision du chef d'entreprise, libre de céder tout ou partie de son entreprise, le droit social préserve la situation des salariés en dépit de la restructuration en assurant non seulement la stabilité de leur situation contractuelle mais aussi celle de leur situation financière par-delà le transfert en garantissant le paiement des créances salariales antérieures.

¹ Droit commun des contrats auquel le contrat de travail se trouve, sauf disposition spéciale, soumis en application de l'article L. 1221-1 du Code du travail.

² Ainsi, un salarié qui n'aurait pas été informé de son droit de s'opposer à la poursuite de ses fonctions à d'autres conditions et qui, une fois au service du cessionnaire aurait conclu un avenant désavantageux à son contrat, a droit à une indemnisation (Cass. soc., 29 juin 2005, RJS 12/05, n° 1170). Seul le salarié peut invoquer la méconnaissance du « *principe selon lequel, lorsque les conditions de l'application de [L. 1224-1] du Code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail du salarié ne peut s'opérer qu'avec son consentement exprès, [ce principe] ayant été édicté dans le seul intérêt du salarié* » (Cass. soc., 10 avr. 2008, JCP S 2008, 1436, note P. MORVAN ; JCP E, 1953, note S. BEAL ; en ce sens également, Cass. soc., 12 déc. 2001, RJS 2002, n° 98.). En revanche, si l'application volontaire de ce texte requiert le consentement des trois parties concernées et que la jurisprudence exige une manifestation de volonté expresse des salariés, elle admet un simple accord implicite du cessionnaire déduit par les juges du fond de son attitude (Cass. soc., 10 avr. 2008, préc.).

Section II : La préservation de la situation contractuelle et financière des salariés.

667. À défaut d'emprise sur les décisions de restructuration, le droit social protège les salariés de leurs effets potentiellement néfastes en instituant la fiction légale selon laquelle la substitution d'employeurs ne modifie pas le contrat, assurant par là-même la stabilité de la situation contractuelle des salariés en dépit de ces opérations. Cette fiction légale, justifiée par la permanence de l'entreprise par-delà le transfert, métamorphose en quelque sorte le contrat de travail, contrat *intuitu personae*, en contrat liant le salarié et l'entreprise.

Non content d'assurer la pérennité de l'emploi des salariés, le droit social, soucieux de minimiser autant que faire se peut l'onde de choc provoquée par le transfert, organise une solidarité légale entre employeurs successifs afin d'offrir aux salariés des garanties relatives à leur situation financière. Ainsi, dans certaines circonstances, l'article L. 1224-2 du Code du travail impose au nouvel employeur de répondre des dettes de son prédécesseur à l'égard des salariés repris en application de l'article L. 1224-1 dudit code. Il est donc tenu non seulement de poursuivre l'exécution des contrats de travail par-delà le transfert, mais aussi d'assurer le paiement des créances salariales antérieures à la restructuration. Toutefois, la solidarité légale instituée par l'article L. 1224-2 du Code du travail n'a pas vocation à jouer lorsque l'entreprise est l'objet d'une procédure collective, ni lorsque la substitution d'employeurs intervenue en application de l'article L. 1224-1 n'a pas donné lieu à la conclusion d'une convention entre eux. Dans ces hypothèses, le droit social n'abandonne pas pour autant les salariés à leur sort de créanciers d'un débiteur éventuellement insolvable. En effet, une solidarité entre employeurs au niveau national a été instaurée afin de pouvoir assurer le paiement des créances salariales, créances alimentaires. L'Association pour la Gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) peut être appelée, sous certaines conditions, à garantir aux salariés le versement des sommes dues par leur ancien employeur.

Le droit social assure donc aux salariés la stabilité non seulement de leur situation contractuelle en imposant au cessionnaire de poursuivre les contrats de travail conclus par son prédécesseur (Sous-section I) mais aussi de leur situation financière grâce à l'instauration d'une solidarité entre employeurs (Sous-section II).

Sous-section I : la stabilité de la situation contractuelle des salariés par delà le transfert.

668. L'article L. 1224-1 vise à assurer aux salariés la permanence de leur situation contractuelle malgré la restructuration de leur entreprise. Le droit social impose donc au nouvel employeur de poursuivre l'exécution des contrats de travail aux conditions en vigueur avant le transfert qui ne peut emporter par lui-même une modification dans la situation contractuelle des salariés. Les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail étant d'ordre public¹, nul ne saurait s'y soustraire. Il résulte de la fiction légale instaurée par ce texte que c'est le même contrat qui lie le salarié et le nouvel employeur qui ne peut subordonner la poursuite de son exécution à l'acceptation par le salarié d'une modification contractuelle, pas plus que la cession ne peut constituer le motif d'une telle modification.

Cependant, ce principe est assorti d'exceptions lorsque la restructuration implique une modification des contrats autre que le changement d'employeur. Il en va ainsi notamment en présence d'une cession d'une entreprise du secteur privé vers le secteur public ou en cas de transfert partiel, l'opération de restructuration induisant une modification du contrat de travail, en l'absence de volonté du cessionnaire en ce sens. En présence de transferts entraînant par eux-mêmes une modification du contrat, le droit social a aménagé des régimes juridiques d'exception au maintien impératif du contrat de travail tel qu'exécuté avant le transfert. Ainsi, s'il résulte en principe de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail le maintien impératif du contrat de travail à l'identique avec le nouvel employeur (§1), si le transfert emporte par lui-même modification du contrat de travail, des régimes juridiques d'exception ont vocation à intervenir (§2).

¹ En ce sens, Cass. soc., 3 mars 1982, Bull. civ. V, n° 134 ; Cass. soc., 16 janv. 1990, Bull. civ. V, n° 11 ; Cass. soc., 26 oct. 1994, Dr. soc. 1995, p. 55 ; JCP E 1995, II, 726, 1^{ère} esp. note J.-J. SERRET ; Cass. soc., 28 mai 1997, RJS 1997, n° 952 ; Cass. soc., 9 juil. 1997, RJS 1997, n° 1340 ; Cass. soc., 4 avr. 2006, RJS 4/2006, n° 694 ; Cass. soc., 19 déc. 2007, RJS 3/2008, n° 252.

§ 1 - Le maintien impératif du contrat sans modification par-delà le transfert.

669. Dérageant au principe de l'effet relatif des conventions¹, l'article L. 1224-1 impose au cessionnaire de poursuivre les contrats de travail conclus par son prédécesseur tels qu'exécutés à la date du transfert, sans pouvoir prétendre être tiers à ces derniers. Dès lors que les conditions d'application de ce texte sont réunies, la substitution d'employeurs s'opère automatiquement, sans qu'aucune formalité ne soit requise. Ainsi, aucune manifestation de volonté relative au maintien des contrats de travail, pas plus qu'une information individuelle des salariés ne sont nécessaires. De même, comme la poursuite des contrats de travail s'impose à tous : employeurs comme salariés, leur volonté ne saurait éluder l'effet automatique et impératif de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

670. *Date du transfert.* La réunion des conditions d'application de ce texte implique le changement d'employeur à la date de réalisation du transfert c'est-à-dire « *à la date à laquelle le nouvel exploitant est en mesure d'assurer la direction de [l'entité économique autonome]* »². La substitution s'opère donc à la « *date à laquelle intervient la transmission, du cédant au cessionnaire, de la qualité de chef d'entreprise responsable de l'entité en cause* » « *et ne peut être reportée, au gré du cédant ou du cessionnaire, à une autre date* »³. Une telle possibilité « *reviendrait à admettre que les employeurs peuvent déroger, au moins à titre temporaire, aux dispositions de la directive* »⁴, ce qui est inenvisageable eu égard à leur caractère strictement impératif. À ce titre, la détermination de la date du transfert est d'ordre public et rend donc inefficace, à l'égard des contrats de travail, l'éventuelle rétroactivité conventionnelle attachée à l'opération de restructuration⁵.

Le droit social, tant national qu'europpéen, impose le maintien des contrats de travail tels qu'ils étaient exécutés au moment du transfert, sans que la restructuration ne puisse en principe constituer par elle-même un motif de modification de la situation contractuelle des

¹ Art. 1165, C. civ.

² Cass. soc., 19 mai 2010, n° 08-45.638.

³ CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-305/94, *Rotsart de Hertaing*, Rec. p. 5927, pts. 25 et 26.

⁴ CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-305/94, préc.

⁵ Il n'est pas rare en effet, particulièrement dans des opérations de fusion, que les différentes parties à l'opération conviennent, notamment pour des raisons fiscales, de faire rétroagir la fusion au 1^{er} janvier de l'année au cours de laquelle elle se réalise. Rétroactivité qui ne saurait avoir de conséquence sur la date à laquelle les contrats de travail sont transférés en application de l'article L. 1224-1.

salariés transférés (A). Dès lors que le transfert d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue et l'activité poursuivie ou reprise est caractérisé, la substitution d'employeurs s'opère automatiquement et impérativement, la volonté des parties étant impuissante à les soustraire à l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail (B).

A - Le maintien de la situation contractuelle en vigueur au moment du transfert exclusive de la garantie de son immutabilité.

L'article L. 1224-1 assure aux salariés le maintien de leur emploi malgré l'opération de restructuration. Le nouvel employeur est donc tenu de poursuivre l'exécution de leur contrat de travail dans les conditions en vigueur au moment du transfert (1). Pour autant, ni l'article L. 1224-1 du Code du travail, ni la directive du 23 mars 2001¹, ne garantissent aux salariés un droit à l'immutabilité de leur situation contractuelle. Une fois le transfert réalisé, le nouvel employeur est subrogé à l'ancien dans sa qualité de cocontractant et retrouve ainsi tous les droits et pouvoirs attachés à cette qualité, parmi lesquels celui de proposer une modification du contrat ou d'imposer un changement des conditions de travail (2).

1 - La poursuite des contrats de travail aux conditions en vigueur au moment du transfert.

671. La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que « *par le seul effet de l'article [L. 1224-1] du Code du travail, le contrat de travail subsiste avec le nouvel employeur, aux conditions en vigueur au jour du transfert* »². Le cessionnaire ne peut donc imposer au salarié une période d'essai³. Une telle convention est nulle en ce qu'elle méconnaît les dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁴. De même, si au moment de la restructuration le salarié exécutait son préavis suite à une rupture antérieure, et régulière, de son contrat, il travaillera au service du repreneur jusqu'à l'expiration du préavis⁵.

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc.

² Cass. soc., 13 juin 2006, RJS 8-9/2006, n° 924 ; Cass. soc., 24 janv. 1990, Bull. civ. V, n° 23 ; D. 1990, IR. 38.

³ Cass. crim., 1^{er} février 1995, Dr. soc. 1995, p. 383 ; Cass. crim., 31 mars 1998, RJS 1998, n° 571.

⁴ Cass. soc., 7 mars 1979, Bull. civ. V, n° 204 ; Cass. soc., 22 septembre 1995, Bull. civ. V, n° 220 ; RJS 1993, n° 1072 ; en l'espèce le cessionnaire d'un fonds de commerce avait conclu avec les salariés repris de nouveaux contrats de travail avec une période d'essai par le biais d'une société écran.

⁵ Cass. soc., 24 janv. 1990, Bull. civ. V, n° 23 ; RJS 1990, n° 93.

672. Maintien de l'ancienneté des salariés et des droits afférents. Dans la mesure où, par l'effet translatif de L. 1224-1, c'est le même contrat qui se poursuit avec le nouvel employeur, ce dernier ne saurait remettre en cause les droits liés à l'ancienneté du salarié transféré. Comme le rappelle la Cour de cassation « *l'ancienneté à prendre en considération pour l'appréciation des droits des salariés est [celle] acquise dès l'embauche* »¹. Pour le calcul des sommes dont le salarié transféré est créancier à l'égard du nouvel employeur, sera donc prise en compte l'ancienneté acquise depuis la signature du contrat avec l'ancien employeur. Il en va ainsi par exemple pour le calcul de l'indemnité de congés payés², de l'indemnité de préavis³, de l'indemnité de licenciement⁴, de l'indemnité de départ à la retraite⁵, de l'indemnité de clientèle du VRP⁶, ainsi que pour celui des éléments conventionnels dont le montant est fonction de l'ancienneté du bénéficiaire⁷. Il en va de même s'agissant des conditions d'ancienneté requises pour être candidat aux élections professionnelles ou pour être désigné délégué syndical⁸. Par ailleurs, le certificat de travail délivré lors de la rupture du contrat de travail doit mentionner comme point de départ du contrat le jour où le salarié est entré au service de l'employeur initial⁹.

673. Maintien du contrat dans tous ces éléments. L'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail impliquant la poursuite des contrats tels qu'ils étaient exécutés au moment de la restructuration, le cessionnaire ne saurait remettre en cause ni la rémunération¹⁰, ni la

¹ Cass. soc., 17 mars 1998, RJS 1998, n° 570.

² Cass. soc., 12 janvier 1956, Bull. civ. IV, n° 36.

³ Cass. soc., 12 mars 1987, Bull. civ. V, n° 139.

⁴ Cass. soc., 25 novembre 1982, Bull. civ. V, n° 645 ; Cass. soc., 24 janvier 1991, D. 1991, IR. p. 51 ; Cass. soc., 4 octobre 1995, Dr. soc. 1995, p. 1041, obs. H. BLAISE.

⁵ Cass. soc., 20 avril 1951, Bull. civ. III, n° 306 ; Cass. soc., 30 juin 1960, Bull. civ. IV, n° 717.

⁶ Cass. soc., 29 janvier 1969, Bull. civ. V, n° 61 ; Cass. soc., 12 janvier 1977, Bull. civ. V, n° 16.

⁷ Cass. soc., 11 février 1982, Bull. civ. V, n° 89, arrêt relatif à une prime d'ancienneté prévue par la convention collective en vigueur dans la société absorbante ; dans le même sens, Cass. soc., 18 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 590 ; Cass. soc., 10 juillet 1991, RJS 1991, n° 947, arrêt relatif à des indemnités de licenciement et de préavis prévues par la convention collective de branche en vigueur dans la société absorbante ; Cass. soc., 10 fév. 2010, n° 08-44.454, JCP S 2010, 1171, comm. A. MARTINON.

⁸ Ainsi l'ancienneté d'un an exigée par l'article L. 2143-1 du Code du travail pour la désignation d'un salarié comme délégué syndical doit s'apprécier, quand son contrat a été transféré en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, en considération de l'ancienneté acquise avant le transfert, Cass. soc., 19 septembre 2007, Bull. civ. V, n° 134 ; de même, s'agissant du décompte des adhérents d'un syndicat désignant un représentant de la section syndicale, l'adhésion d'un salarié avant le transfert doit être prise en compte, en ce sens Cass. soc. 1^{er} déc. 2010, n° 10-60.004, inédit.

⁹ Cass. soc., 13 novembre 1967, Bull. civ. IV, n° 718 ; Cass. soc., 6 janvier 1975, Bull. civ. V, n° 1. Si plusieurs employeurs se sont succédés, seul le dernier se doit de certifier les services du salarié depuis son embauche dans l'établissement jusqu'à la fin de la relation de travail, Cass. soc., 24 novembre 1993, Bull. civ. V, n° 286 ; RJS 1994, n° 30.

¹⁰ Cass. soc., 31 mai 1978, Bull. civ. V, n° 409.

qualification du salarié¹, pas plus qu'il ne lui est possible de subordonner le transfert du salarié à l'acceptation d'une modification de son contrat. Le contrat de travail est maintenu avec le nouvel employeur dans tous ses éléments ce qui signifie donc que celui-ci pourra se prévaloir d'une clause de non-concurrence lors de la rupture², à condition toutefois de verser la contrepartie pécuniaire qui doit être stipulée à peine de nullité³. Le nouvel employeur étant subrogé dans les droits de son prédécesseur⁴, il peut ester en justice afin d'obtenir d'un ancien salarié du cédant le remboursement de l'indemnité compensatrice de non-concurrence⁵, et ce même si la rupture du contrat a eu lieu avant le transfert.

Par ailleurs, si le bénéfice d'un logement de fonction octroyé au salarié est contractualisé, le nouvel employeur doit maintenir cet avantage, étant précisé toutefois que si ledit logement appartient à l'ancien employeur, ce dernier n'est pas tenu de le laisser à disposition du salarié. Il appartient alors à ce dernier d'en tirer les conséquences auprès du nouvel employeur s'il estime que son contrat de travail a été modifié⁶.

De même, en présence d'une délégation de pouvoirs dans le contrat de travail du salarié transféré, le nouvel employeur peut invoquer cette dernière comme moyen de défense en cas de poursuite pénale au titre d'infractions commises dans l'entreprise cessionnaire⁷.

En outre, l'employeur est tenu de respecter les conventions accessoires au contrat que le cédant a pu conclure avec les salariés⁸. Ainsi, en présence de conventions signées entre le cédant et certains salariés leur accordant des congés réflexion-orientation ou des congés sans solde, le nouvel employeur doit respecter ces congés qui ne font pas obstacle au transfert des contrats⁹. Il ne saurait dès lors exiger des salariés qu'ils reprennent l'exécution de leur contrat avant l'échéance du terme de ces congés, pas plus qu'il ne peut les licencier pour faute grave

¹ Cass. soc., 5 janv. 1967, Bull. civ. IV, n° 7 ; Cass. soc., 4 avr. 1990, Bull. civ. V, n° 155.

² Cass. soc., 6 décembre 1994, Bull. civ. V, n° 326 ; RJS 1995, n° 2.

³ Cass. soc., 10 juil. 2002, Bull. civ. V, n° 239 ; GADT, 4ème éd., n° 46 ; D. 2002, 2491, note Y. SERRA ; RJS 2002, n° 1140 ; JS Lamy 2002, n° 108-2 ; Dr. ouv. 2002, p. 533, note TATE ; RDC 2003, 17, obs. J. ROSCHFELD ; RDC 2003, 142, obs. C. RADÉ.

⁴ À ce titre, l'ancien employeur ne saurait, une fois le transfert réalisé, réclamer au salarié l'exécution de la clause de non concurrence puisque le contrat de travail a cessé de produire effet entre eux au jour du transfert, Cass. soc., 27 mars 1968, Bull. civ. V, n° 177 ; Cass. soc., 15 octobre 1997, Dr. soc. 1997, p. 1095, obs. A. MAZEAUD ; RJS 1997, n° 1338.

⁵ Cass. soc., 16 mai 1990, RJS 1990, n° 572.

⁶ Cass. soc., 20 mars 1997, Bull. civ. V, n° 119 ; RJS 1997, n° 650 ; en revanche si le logement des salariés dans des locaux donnés à bail au cessionnaire ne constitue pas l'accessoire des contrats de travail repris par lui, il ne saurait être tenu de supporter les conséquences d'une occupation des lieux sans lien avec ces contrats, en ce sens, Cass. soc., 24 janv. 2006, RJS 4/06, n° 400.

⁷ Cass. crim., 14 mars 2006, JCP S 2006, 1358, obs. J.-H. ROBERT ; Dr. pén. 2006, n° 5, comm. 74 J.-H. ROBERT.

⁸ Cass. soc., 7 juil. 1981, D. 1986, IR., p. 392, 2^{ème} esp., obs. P. LANGLOIS

⁹ Cass. soc., 27 mai 2009, JCP S 2009, 1357, note P. MORVAN.

fondée sur leur refus de fournir leur prestation de travail¹. De même, étant tenu de poursuivre les contrats de travail aux conditions en vigueur au moment du transfert, le nouvel employeur ne peut modifier les dates de congés payés fixées par son prédécesseur avant la restructuration, sauf à justifier de circonstances exceptionnelles telles que prévues à l'article L. 3141-16 du Code du travail.

Si le nouvel employeur doit respecter les modalités d'exécution du contrat de travail et les conventions accessoires par-delà le transfert, encore faut-il que les conditions légales du maintien de ces conditions contractuelles soient réunies. Ainsi, en application de l'article L. 3121-40 du Code du travail, la conclusion de conventions de forfait en jours est subordonnée à sa prévision par un accord collectif définissant leur régime ; en l'absence d'un tel accord applicable chez le cessionnaire, la convention de forfait en jours conclue avec le cédant ne peut être exécutée après le transfert². Le contrat de travail du salarié se trouve donc modifié du fait du transfert, modification qu'il est en principe en droit de refuser.

674. *Maintien des statuts protecteurs.* L'article L. 1224-1 ayant vocation à assurer aux salariés la permanence de leur situation contractuelle en dépit du transfert, ce dernier ne peut remettre en cause la protection spécifique dont bénéficie, le cas échéant, le salarié au moment de la restructuration. Il en va notamment ainsi s'agissant de la protection accordée aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. En effet, si l'article L. 1226-6 du Code du travail prévoit que les dispositions relatives à cette protection « *ne sont pas applicables aux rapports entre un employeur et son salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle survenu ou contractée au service d'un autre employeur* », la Cour de cassation prend soin de distinguer « l'ancien employeur » de « l'autre employeur ». Elle exclut donc l'application de ce texte au cas d'un salarié dont le contrat se poursuit avec un nouvel employeur en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du travail³. Si ses

¹ Cass. soc., 27 mai 2009, préc.

² Cass. soc., 15 mai 2014, n° 12-14.993, inédit.

³ Cass. soc., 20 janv. 1993, Bull. civ. V, n° 14 ; Dr. soc. 1993, p. 300 ; RJS 1993, n° 247 ; Cass. soc., 1^{er} déc. 1993, n° 91-43.478 ; cette solution est également valable en cas d'application volontaire de l'article L. 1224-1, dans une telle hypothèse les dispositions de l'article L. 1226-6 sont écartées, V. en ce sens Cass. soc., 9 juil. 1992, RJS 1992, n° 974. Il convient par ailleurs de mentionner une affaire ayant donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation : en l'espèce il s'agissait d'un transfert conventionnel après avoir énoncé en 2007 que « *l'accord qui, pour le cas de perte d'un marché de services, prévoit et organise la reprise de tout ou partie des contrats de travail ne constitue pas une application volontaire de l'article [L. 1224-1] du code du travail et ne peut, à lui seul, et sauf clause contraire le prévoyant, faire échec aux dispositions de l'article [L. 1226-6] du même code* » (Cass. soc., 14 mars 2007, Bull. civ. V, n° 47). Sur cette question, V. « La protection légale survit-elle au changement d'employeur ? », SSL suppl., 10 sept. 2007, n° 1319, p. 98), la Cour de Cassation estime que « *s'il résulte de l'article L. 1226-6 du code du travail que les dispositions spécifiques relatives à la législation professionnelle ne sont pas applicables aux rapports entre un employeur et son salarié victime d'un accident du*

conditions d'application sont réunies, le nouvel employeur doit respecter le régime protecteur des victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle quand bien même le risque se serait réalisé sous la direction de son prédécesseur.

Il en va de même s'agissant des règles relatives aux salariés protégés en raison de l'exercice d'un mandat syndical ou de représentation du personnel. Si l'article L. 1224-1 du Code du travail n'a pas vocation à régir les relations collectives de travail¹, le nouvel employeur est tenu de respecter les dispositions relatives aux salariés protégés jusqu'au terme de leur protection². À ce titre, il appartient au nouvel employeur de réintégrer un salarié protégé dont le licenciement est nul du fait de l'annulation de l'autorisation administrative de licenciement accordée à son prédécesseur. En effet, la nullité étant rétroactive, le contrat est réputé n'avoir jamais été rompu ; il se poursuit donc avec le cessionnaire tenu de réintégrer le salarié qui en a fait la demande dans les deux mois de la notification de la décision annulant l'autorisation³. Il semble que ce soit en quelque sorte l'entreprise qui est débitrice d'un certain nombre d'obligations à l'égard des salariés, obligations qui survivent au transfert et s'imposent au nouvel employeur. C'est notamment le cas de la priorité de réembauche dont sont titulaires pendant un an les salariés licenciés pour motif économique par le cédant⁴. Ne bénéficient de cette priorité que les salariés licenciés qui étaient affectés à l'entité transférée⁵.

675. Transfert du dossier disciplinaire. Dans la mesure où l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail implique la poursuite, fictive, de la même relation de travail, le salarié ne saurait bénéficier d'une amnistie disciplinaire du fait de la restructuration. Le nouvel employeur peut donc invoquer à l'appui d'une sanction prononcée après le transfert des fautes commises par le salarié alors qu'il était au service de son prédécesseur⁶. Le repreneur est cependant tenu de respecter les règles encadrant le droit disciplinaire parmi lesquelles la

travail ou d'une maladie professionnelle survenu ou contractée au service d'un autre employeur, le nouvel employeur est néanmoins tenu, conformément aux articles L. 1226-2 et L. 1226-4 du code du travail, de chercher à reclasser, avant toute rupture du contrat de travail, le salarié dont l'inaptitude est médicalement constatée alors qu'il est à son service » (Cass. soc., 29 nov. 2011, JCP S 2011, act. 494, obs. N. DAUXERRE).

¹ Nous nous pencherons ultérieurement sur le sort des institutions représentatives du personnel en cas de restructuration.

² Cass. soc., 17 déc. 2008, n° 07-42.839, JCP S 2009, n° 11, 1117, comm. J.-Y. KERBOUC'H, à propos d'un salarié bénéficiant d'une protection post-mandat en cours au moment du transfert

³ Cass. soc., 26 février 2003, Dr. soc. 2003, p. 776, obs. A. MAZEAUD ; Cass. soc., 10 juil. 1995, Bull. civ. V, n° 240 ; RJS 1995, n° 916 ; à noter qu'était également opposable au repreneur la demande de réintégration du salarié appelé aux obligations du service national, Cass. soc., 10 déc. 1997, Bull. civ. V, n° 429 ; D. 1998, IR. 29 ; Dr. soc. 1998, p. 201, obs. A. MAZEAUD ; RJS 1998, n° 167.

⁴ Cass. soc., 26 février 1992, Dr. soc. 1992, p. 378 ; Cass. soc., 5 février 2002, Bull. civ. V, n° 52 ; Cass. soc., 30 octobre 2002, RJS 1/03, n° 13. Sur la priorité de réembauche.

⁵ Cass. soc. 5 mars 2002, Bull. civ. V, n° 85.

⁶ Cass. soc., 29 mai 1990, Bull. civ. V, n° 242 ; RJS 1990, n° 555.

prescription de l'article L. 1332-4 du Code du travail. Une fois cette prescription acquise sous la direction du précédent employeur, le cessionnaire ne peut prononcer de sanction à l'encontre du salarié, peu important le fait qu'il ignorait la faute commise par ce dernier au moment du transfert¹. Dès lors que le cédant a eu connaissance des faits fautifs et a laissé s'écouler le délai de deux mois, le salarié ne pourra plus être sanctionné pour ces faits. Le nouvel employeur pourra en revanche puiser dans le passé disciplinaire du salarié en invoquant, à l'appui d'une nouvelle sanction, une sanction prononcée par son prédécesseur, sous réserve du respect de la prescription de trois ans posée à l'article L. 1332-5 du Code du travail. Si l'employeur peut invoquer le passé disciplinaire du salarié à l'appui de nouvelles sanctions, la réciproque n'est pas vraie. Un salarié ne saurait imputer la rupture de son contrat au cessionnaire en invoquant des faits commis par son ancien employeur avant le transfert², une telle rupture produira les effets d'une démission. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'il saisisse le conseil de prud'hommes pour obtenir de son ancien employeur la réparation du préjudice résultant de ses manquements.

La fiction légale instituée par l'article L. 1224-1 du Code du travail en vertu de laquelle c'est le même contrat de travail qui subsiste à l'identique avec le nouvel employeur l'oblige donc à en poursuivre l'exécution dans les conditions en vigueur au jour de la restructuration. Il est ainsi lié par les engagements contractuels souscrits par son prédécesseur sous réserve de la fraude. En effet, si le cédant a octroyé un avantage à un salarié en vue du transfert de son contrat dans le seul but d'en imputer la charge au cessionnaire, l'application de l'adage « *Fraus omnia corrumpit* » fera échec au maintien de cet avantage³. Si le droit social assure aux salariés une certaine stabilité de leur situation contractuelle, celle-ci n'est pas pour autant immuable une fois la restructuration réalisée.

¹ La Cour de Cassation estime ainsi qu'en vertu de ce texte « *aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ; que lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail est applicable, le même contrat de travail se poursuit, à compter de la date du transfert, sous une direction différente ; qu'il s'ensuit que le nouvel employeur ne peut invoquer à l'appui du licenciement du salarié des manquements commis par celui-ci alors qu'il se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur, que si le délai de deux mois depuis la connaissance des faits par le cédant n'est pas écoulé* » Cass. soc., 27 mai 2009, n° 06-46.293, JCP S 2009, 1338, note P. MORVAN ; JCP E 2009, 1880, note S. BEAL.

² Cass. soc., 14 oct. 1997, RJS 1997, n° 1339.

³ CA Aix en Provence, 18 décembre 1991, Juris-Data n° 1991-051835 où l'ancien employeur versait un salaire de complaisance à un membre de sa famille.

2 - L'absence de droit à l'immutabilité de la situation contractuelle.

676. L'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail emporte reprise des contrats de travail des salariés tels qu'ils étaient exécutés avant le transfert, mais après l'opération ce texte a épuisé ses effets. Subrogé dans les droits de son prédécesseur une fois le transfert effectué, le nouvel employeur recouvre ainsi l'ensemble des prérogatives attachées à la qualité de chef d'entreprise. Le droit social assure donc aux salariés une certaine stabilité de leur situation contractuelle en cas de restructuration justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, sans pour autant leur garantir un droit à l'immutabilité de cette dernière¹. De même, la CJUE affirme que « *la directive du 14 février 1977 ne s'oppose pas à une modification de la relation de travail convenue avec le nouveau chef d'entreprise dans la mesure où le droit national applicable admet une telle modification en dehors de l'hypothèse d'un transfert d'entreprise* », à la condition toutefois que le transfert ne constitue pas le motif de cette modification². Dans la mesure où le droit français reconnaît à l'employeur, au titre de son pouvoir de direction, le droit de changer unilatéralement les conditions de travail des salariés d'une part, et la faculté de leur proposer une modification de leur contrat de travail, d'autre part, le cessionnaire est donc susceptible, une fois la restructuration opérée, d'user de ces prérogatives, sous réserve cependant de ne pas les utiliser pour éluder les effets de l'article L. 1224-1 du Code du travail ce qui serait constitutif d'une fraude.

Ainsi, une fois le transfert mis en œuvre, le nouvel employeur peut, en vertu de son pouvoir de direction, procéder unilatéralement à un changement des conditions de travail des salariés sans qu'ils puissent s'y opposer. « *L'application de l'article [L. 1224-1] du Code du travail ne fait pas obstacle au pouvoir du nouvel employeur d'organiser ses services et d'affecter le personnel intégré au sein de l'entreprise [dès lors] qu'aucune modification n'a été apportée à l'un des éléments essentiels de leur contrat* »³ tel que la rémunération, l'ancienneté ou la qualification.

Le nouvel employeur peut également proposer aux salariés repris des modifications de leur contrat pour harmoniser leur situation avec celle du personnel déjà à son service avant le transfert ou pour réorganiser les services ou la production afin d'intégrer l'entité dans son entreprise, ces adaptations pouvant s'avérer cruciales pour la bonne marche de l'entreprise. Il

¹ Cass. soc., 6 nov. 1985, Bull. civ. V, n° 502 ; JCP E 1985, I, 15578, n° 4, obs. B. TEYSSIE.

² CJCE, 10 fév. 1988, aff. C-324/86, préc. ; CJCE, 12 nov 1992, aff. C-209/91, préc.

³ Cass. soc., 8 mars 1995 Dr. soc. 1995, p. 508, obs. H. BLAISE, arrêt relatif à l'intégration du personnel naviguant de la compagnie UTA à la compagnie Air France.

appartient toutefois au nouvel employeur de respecter le droit commun de la modification du contrat de travail. Il est donc tenu, du fait de la force obligatoire des contrats¹, de recueillir l'acceptation claire et non équivoque des salariés² afin de pouvoir mettre en œuvre la modification³. À défaut d'acceptation par le salarié, il n'aura d'autre choix que de renoncer à la modification souhaitée, ou de procéder au licenciement du salarié, puisqu'une fois le transfert réalisé, il recouvre le pouvoir de licencier selon les conditions du droit commun. Pour mémoire, le refus de la modification opposé par le salarié ne saurait constituer un motif de licenciement⁴ ; il s'agit de l'exercice d'un droit⁵. En tout état de cause, le cédant ne peut, sauf collusion frauduleuse, être tenu responsable des modifications apportées aux contrats de travail par son successeur⁶.

677. Fraude. Si l'article L. 1224-1 ne fait pas obstacle à ce que le cessionnaire propose aux salariés repris une modification de leur contrat, ce qui est bien venu eu égard aux adaptations souvent indispensables qu'implique la réalisation d'une restructuration, il convient bien évidemment de s'assurer que la proposition effectuée ne vise pas à éluder l'application de l'article L. 1224-1, ce qui constituerait une fraude. De ce point de vue, la Cour de cassation a pu décider qu'en proposant, dès le lendemain de la cession, à un salarié une mutation qui s'analysait en fait comme une rétrogradation, l'employeur a cherché à échapper à l'application des dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail, en modifiant le contrat de travail de l'intéressé, de sorte que le refus de celui-ci n'était constitutif ni d'une faute grave, ni même d'une cause réelle et sérieuse de licenciement⁷. Il en va de même quand, le jour du transfert, l'employeur fait signer au salarié un contrat emportant différentes modifications dont celle de sa rémunération⁸ ou lorsqu'il propose des modifications en indiquant au salarié qu'à défaut par lui de les accepter il sera licencié pour motif économique⁹. Si, en dehors de toute intention frauduleuse, il est habilité avec l'accord du salarié à modifier le contrat de travail repris, la Cour de cassation admet même que les

¹ Art. 1134 C. civ.

² Cass. soc., 14 nov. 2000, RJS 2001, n° 14.

³ Cass. soc., 27 avr. 1984, Bull. civ. V, n° 162 ; Cass. soc., 1er juil. 1985, Bull. civ. V, n° 377 ; Cass. soc., 6 nov. 1985, Bull. civ. V, n° 502.

⁴ Cass. soc. 27 mai 1998, Bull. civ. V, n°282; RJS 1998, n° 826.

⁵ Cass. soc., 7 juil. 1998, Bull. civ. V, n° 362; RJS 1998, n° 1182

⁶ Cass. soc., 20 oct. 2004, RJS 1/05, n° 11 ; Cass. soc., 13 mai 2009, D. 2009, AJ 1542, obs. L. PERRIN ; RDT 2009, p. 514 obs. H. GUYADER ; Dr. soc. 2010, p. 125, obs. A. MAZEAUD ; RJS 2009, n° 612, Dr. ouvrier 2009, p. 522, obs. I. TARAUD.

⁷ Cass. soc., 14 janvier 2004, Bull. civ. V, n°9.

⁸ Cass. soc., 5 mars 2004, n° 02-42.140.

⁹ Cass. soc., 18 mars 2007, RJS 2007, n° 1164. De même, viole L. 1224-1 l'employeur qui offre au salarié de l'engager après le transfert à de nouvelles conditions, en ce sens, Cass. soc., 20 oct. 1994, Dr. soc. 1995, p. 56.

parties puissent convenir d'une novation de ce dernier ce qui nous semble pour le moins discutable.

678. *L'admission éminemment contestable d'une possible novation du contrat transféré.* Sous réserve de la fraude, la Cour de cassation reconnaît aux parties la possibilité de nover le contrat de travail transféré. Elle estime, en effet, que l'article L. 1224-1 du Code du travail « *ne fait pas obstacle à ce que, sous réserve de la fraude, [le nouvel employeur] convienne avec le salarié de nover le contrat en cours* »¹. Adoptée dans un arrêt du 17 septembre 2003², cette solution, fort critiquable, n'est pas sans rappeler celle non moins critiquable retenue en 1984 selon laquelle il est possible de remplacer le CDI qui liait le salarié à son précédent employeur par un CDD sans renouvellement possible, sous réserve de la fraude³, qui serait constituée, notamment, s'il est constaté que l'employeur a eu recours au CDD pour rompre le CDI et ainsi faire échec à l'effet de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁴.

Ces solutions, retenues par la Cour de cassation, confinent à l'absurde en ce que la technique de la novation constitue, en elle-même, une fraude à l'article L. 1224-1 du Code du travail⁵. En effet, la novation emporte non seulement extinction du contrat initial, et avec lui de tous les droits et obligations qu'il comporte, mais en outre conclusion d'un nouveau contrat. Elle implique donc la renonciation des parties aux droits et avantages contenus dans le contrat initial. Acte abdicatif éminemment dangereux⁶, la novation est strictement encadrée par les articles 1271 et suivants du Code civil qui exigent notamment une volonté certaine et non équivoque des parties de nover le contrat⁷. Outre le fait qu'au moment où le salarié accepte la novation il est subordonné à son employeur, sa liberté de consentement pouvant de ce fait être

¹ Cass. soc., 17 sept. 2003, Bull. civ. V, n° 231 ; D. 2003, IR. 2483 ; RJS 2003, n° 1368 ; Dr. soc. 2003, p. 1132, obs. J. MOULY ; CSB 2003, 481, A. 55 ; JS Lamy 2003, n° 132-5. Il convient d'indiquer que dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt la « novation » consistait à introduire une clause de non-concurrence inexistante dans le contrat initial et à réviser le mode de calcul de la rémunération du salarié ; l'ensemble des clauses du contrat initial ayant été reprises et la qualification et l'ancienneté du salarié maintenues. Il semble donc en réalité qu'il s'agissait davantage d'une modification du contrat que d'une novation, ce qui pourrait expliquer la position de la Cour de cassation dans cet arrêt. Ceci dit, elle aurait tout à fait pu user du terme « modification » en lieu et place de celui de « novation », notion dangereuse et dont on peut, au regard d'autres arrêts, se demander si les magistrats de la Cour de cassation la maîtrisent parfaitement.

² Cass. soc., 17 sept. 2003, préc.

³ Cass. soc., 10 déc. 1984, Bull. civ. V, n° 475 ; en ce sens Cass. soc., 23 sept. 1992, Bull. civ. V, n° 474 ; RJS 11/92, n° 1228.

⁴ Cass. soc., 23 sept. 1992, Bull. civ. V, n° 474 ; RJS 11/92, n° 1228. Dans une telle hypothèse le CDI est réputé continuer et sa rupture requalifiée en licenciement intervenu en violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail

⁵ En ce sens, J. MOULY, obs. préc.

⁶ En ce sens, J. MOULY, obs. préc.

⁷ Art. 1273 du Code civil.

mise en doute, la technique même de la novation viole les dispositions d'ordre public de L. 1224-1 dont le but est d'assurer la stabilité de la relation de travail en imposant la poursuite du **même contrat**. Dès lors **substituer au contrat initial un nouveau contrat après le transfert constitue en soi une violation des dispositions de l'article L. 1224-1**. Nous rejoignons pleinement Jean MOULY lorsqu'il affirme que « c'est en réalité la technique de la novation elle-même qui fait fraude aux droits des salariés et à l'article [L. 1224-1] du Code du travail. C'est donc elle qui devrait être condamnée »¹. Eu égard à la finalité de ce texte d'ordre public, il est impératif que la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence et prohibe la novation postérieure à la réalisation d'un transfert relevant de son application. En effet, dès lors que les employeurs ont la possibilité de proposer aux salariés repris une modification de leur contrat après la restructuration, la technique de la novation ne présente d'autre intérêt que celui de frauder les dispositions impératives de ce texte.

Ainsi, lorsqu'est caractérisé le transfert d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue et l'activité poursuivie ou reprise, les contrats de travail en cours au jour de l'opération sont transmis au repreneur qui n'a d'autre choix que d'en poursuivre l'exécution aux conditions en vigueur à la date du transfert. Le droit social assure donc aux salariés une certaine stabilité de leur situation contractuelle face aux restructurations, sans pour autant leur garantir l'immutabilité de cette dernière. Préservant la liberté d'entreprendre du nouvel employeur, le droit social l'autorise, une fois le transfert réalisé, à proposer aux salariés des modifications de leur contrat ou à leur imposer des changements de conditions de travail. Textes d'ordre public, l'article L. 1224-1 du Code du travail et la directive n° 2001/23 du 23 mars 2001 ne sauraient voir leurs effets écartés par la volonté des parties en présence.

B – Un maintien impératif.

679. En présence du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise et l'identité maintenue, l'article L. 1224-1 du Code du travail emporte substitution automatique d'un employeur à l'autre. Le transfert des contrats est impératif. Il s'impose à tous : employeurs successifs et salariés². La poursuite de plein droit des contrats de

¹ J. MOULY, obs. sous Cass. soc., 17 sept. 2003 préc.

² Cass. soc., 3 mars 1982, Bull. civ. V, n° 134 ; Cass. soc., 16 janv. 1990, Bull. civ. V, n° 11 ; Cass. soc., 26 oct. 1994, Dr. soc. 1995, p. 55 ; JCP E 1995, II, 726, 1^{ère} esp. note J.-J. SERRET ; Cass. soc., 28 mai 1997, RJS 1997,

travail par le cessionnaire instaurée par la directive européenne se produit également en dépit de la volonté contraire du cédant ou du cessionnaire¹. L'effet translatif attaché tant au texte national qu'eupéen n'est subordonné à aucune formalité ou manifestation de volonté particulière, pas plus que les parties ne sont admises à l'écarter². Ainsi, toute clause tendant à éluder le maintien des contrats de travail alors que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies est réputée non-écrite, qu'elle résulte de l'acte de transfert³, du contrat de travail ou d'une convention conclue entre salariés et cessionnaire⁴. La Cour de cassation estime à ce titre qu'une clause contenue dans l'acte de cession prévoyant la reprise d'une partie seulement des salariés est contraire à l'article L. 1224-1 du Code du travail et doit être réputée non-écrite⁵.

Lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont remplies, se crée une situation de droit opposable à tous : employeurs successifs et salariés qui sont tenus de passer au service du repreneur⁶, à condition toutefois que le transfert n'implique pas par lui-même une modification du contrat autre que le changement d'employeur. La CJUE a une position plus souple sur ce point que la Cour de cassation, en ce qu'elle estime qu'on ne saurait imposer au salarié un employeur qu'il n'a pas choisi et reconnaît donc aux salariés un droit d'opposition au transfert de leur contrat ; droit d'opposition que leur dénie la Cour de cassation, l'article L. 1224-1 du Code du travail étant, selon elle, d'ordre public absolu. De ce point de vue, l'effet contraignant de l'article L. 1224-1 à l'égard des employeurs successifs réside principalement dans la paralysie de leur pouvoir de licencier à l'occasion du transfert. En effet, ce dernier ne pouvant constituer en lui-même un motif de licenciement, les ruptures prononcées par l'employeur en lien avec l'opération se trouvent, selon une jurisprudence constante, privées d'effet. Le caractère strictement impératif de ce texte s'exprime donc, d'une part, à l'égard des employeurs dont la faculté de licenciement est sensiblement restreinte par la

n° 952 ; Cass. soc., 9 juil. 1997, RJS 1997, n° 1340 ; Cass. soc., 4 avr. 2006, RJS 4/2006, n° 694 ; Cass. soc., 19 déc. 2007, RJS 3/2008, n° 252.

¹ CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-305/94, préc.

² Il ne peut être dérogé par des conventions particulières aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1, en ce sens Cass. soc., 13 juin 1990, Bull. civ. V, n° 273 ; D. 1990, IR. 184 ; Cass. soc., 22 juin 1993, Bull. civ. V, n° 171 ; Dr. soc. 1993, p. 769 ; RJS 1993 n° 844 ; V. aussi, Cass. soc., 14 déc. 1976, Bull. civ. V, n° 663.

³ Cass. soc., 29 nov. 1992, Bull. civ. V, n° 655 ; Cass. soc., 21 mars 2006, RJS 6/2006, n° 693.

⁴ Cass. soc., 16 oct. 1980, JCP 1981, I, 9441, n° 13, obs. B. TEYSSIE.

⁵ Cass. soc., 11 fév. 2009, Bull. civ. V, n° 39 ; RDT 2009, obs. H. GUYADER ; Dr. soc. 2009, p. 618, obs. A. MAZEAUD ; RJS 2009, n° 318. Il convient de signaler également un arrêt rendu le 29 janvier 2008 par la Cour de cassation qui énonce quant à lui que « la clause qui subordonne la cession d'une entreprise en redressement judiciaire au maintien du contrat de travail d'un salarié nommé désigné est dépourvu d'effet à l'égard des autres salariés », Cass. soc. 29 janv. 2008, n° 06-42.712, RDT 2008, p. 237, obs. P. WAQUET ; Cass. ch. mixte, 7 juil. 2006, JCP S 2006, 1947, note P. MORVAN ; RDT 2006, p. 388, obs. P. WAQUET ; Dr. soc. 2006, p. 1064, obs. A. MAZEAUD ; RJS 2006, n° 768.

⁶ Cass. soc., 14 déc. 2004, Bull. civ. V, n° 331 ; Dr. soc. 2005, p. 229, obs. A. MAZEAUD, RJS 2005, n° 126.

prohibition des ruptures prononcées à l'occasion du transfert (1), et, d'autre part à l'égard des salariés qui n'ont pas de droit d'opposition à la reprise de leur contrat par le nouvel employeur (2).

1 - L'interdiction des licenciements prononcés à l'occasion du transfert.

L'article L. 1224-1 du Code du travail emporte transfert des contrats de travail au nouvel employeur qui se doit d'en poursuivre l'exécution aux conditions en vigueur au moment de la restructuration. La force de l'obligation qui pèse sur les employeurs successifs se traduit par la disparition des effets de tout licenciement qui serait prononcé à l'occasion du transfert. Ce dernier ne peut constituer un motif de rupture du contrat. Pour autant, le droit de licencier de l'employeur n'est pas totalement paralysé. Seuls sont prohibés les licenciements prononcés « *à l'occasion du transfert* »¹. Un licenciement fondé sur une cause étrangère à la restructuration est donc *a priori* régulier (a). Si, en principe, tout licenciement prononcé en raison du transfert méconnaît les dispositions de l'article L. 1224-1 restructuration et de la directive européenne du 23 mars 2001², des exceptions ont été aménagées afin de tenir compte notamment de la situation spécifique des entreprises soumises à une procédure collective (b). Toutefois, ces exceptions sont strictement encadrées. Ainsi, si les conditions particulières à l'admission des licenciements dans ce cadre ne sont pas réunies, le « droit commun » des licenciements contraires à l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique. Texte d'ordre public destiné à préserver l'emploi des salariés face aux restructurations, sa violation consistant à prononcer des licenciements à l'occasion du transfert fait l'objet d'une sanction pour le moins comminatoire : les ruptures sont sans effet. L'inefficacité frappant les licenciements portant atteinte à ce texte suscite encore et toujours un vif débat en doctrine quant à sa nature. Cette inefficacité s'apparente-t-elle à une nullité ? Bien que la controverse ne soit pas réellement tranchée, il semble que nous soyons en présence d'une nullité qui ne porte pas son nom. Si un doute sur la nature de cette inefficacité subsiste, une chose est sûre : tout licenciement contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail est privé d'effet (c).

¹ Expression utilisée par la Cour de Cassation dans l'arrêt *Maldonado*, Cass. soc., 20 mars 2002, Bull. civ. V, n° 94 ; D. 2002, IR 1322 ; RJS 2002, n° 656 ; JCP E 2002, 1764 obs. P. MORVAN ; CSB 2002. 227, A. 28 ; Dr. soc. 2002, p. 519 ; A. MAZEAUD, « Licenciement avant le transfert d'entreprise : revirement de jurisprudence », Dr. soc. 2002, p. 516.

² Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc.

a - La paralysie du pouvoir de licencier cantonnée aux ruptures prononcées à l'occasion du transfert.

680. Absence de garantie d'emploi. En imposant la poursuite des contrats de travail avec le repreneur, l'objectif de l'article L. 1224-1 du Code du travail est d'empêcher que le transfert constitue à lui seul une cause de licenciement¹. Pour autant, le pouvoir de licencier de l'employeur ne se trouve pas totalement paralysé. Si certains ont vu dans l'arrêt *Maldonado* condamnant tout licenciement prononcé « à l'occasion du transfert »², une prohibition de principe de tout licenciement antérieur à la restructuration, une telle analyse s'avère erronée. L'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail vise principalement à empêcher que la restructuration entraîne la rupture des contrats de travail. Ainsi, pas plus la directive que l'article L. 1224-1 du Code du travail n'instaurent, au profit des salariés, une garantie d'emploi. Ils protègent, autant que faire se peut, la stabilité de leur situation contractuelle en prohibant les licenciements dont la cause résiderait dans la restructuration. Les employeurs conservent donc la faculté de prononcer des licenciements pour un motif personnel tel que l'insuffisance professionnelle, le trouble caractérisé créé par le salarié au sein de l'entreprise, la faute disciplinaire³, etc. Posent principalement problème les licenciements prononcés pour un motif économique peu de temps avant le transfert dont il convient de s'assurer qu'ils ne sont, en rien, en lien avec ce dernier.

681. Prohibition des licenciements commandités par le repreneur. Si, de 1979 à 1990, la Cour de cassation admettait que le cédant procède à des licenciements pour motif économique exigés par le cessionnaire en vue d'une restructuration postérieure au transfert⁴, il n'en va désormais plus ainsi. En effet, cette jurisprudence, dont il n'est d'ailleurs pas prouvé qu'elle ait véritablement facilité les reprises d'entreprises, but qu'elle poursuivait, présentait de nombreux inconvénients. Outre qu'elle semblait franchement contraire à la *ratio legis* du texte de 1928, elle avait pour conséquence de faire peser le coût des licenciements sur l'entreprise

¹ En ce sens, P. MORVAN, *opus* préc. ; J. MOULY, « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise – Pour dissiper quelques malentendus », Dr. soc. 2007, p. 534. À ce titre, à l'article 4§1 de la directive est on ne peut plus clair : « le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire », Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 4 § 1.

² Cass. soc., 20 mars 2002, préc.

³ Cass. soc., 18 fév. 1988, Bull. civ. V, n° 114, validant un licenciement pour absence injustifiée ; Cass. soc., 19 mai 2010, n° 08-45.638, inédit, validant un licenciement pour faute grave.

⁴ En ce sens, Cass. soc., 8 juin 1979, Bull. civ. V, n° 502 ; Cass. soc., 31 janv. 1980, D. 1980, jurisprudence p. 398, note F. DERRIDA ; Cass. soc., 18 mars 1982, Bull. civ. V, n° 184 ; D. 1983, IR. p. 168, obs. J. PELISSIER ; Cass. soc., 21 mars 1990, Bull. civ. V, n° 132.

cédante alors même que la restructuration de l'entité cédée, fondement des ruptures, était projetée par le repreneur. Concepteur du projet de réorganisation induisant des ruptures après le transfert, il apparaissait plus logique et juridiquement orthodoxe que le cessionnaire procédât lui-même aux licenciements découlant de son projet de restructuration¹. Contestable en ce qu'elle revenait, d'une part, à paralyser l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail et, d'autre part, à admettre des licenciements pour un motif non encore avéré², cette solution fut abandonnée par la Cour de cassation en 1990³. Reprenant la formule de la directive européenne, elle a ainsi énoncé que « *si l'article [L. 1224-1], ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir antérieurement à la cession pour des raisons économiques ou techniques impliquant une suppression d'emploi, l'intention manifestée par le cessionnaire de poursuivre seul l'exploitation ne saurait constituer pour le cédant une cause légitime de rupture du contrat d'un salarié employé dans l'entreprise transférée* »⁴. Depuis ce revirement de jurisprudence, la Cour de cassation fait montre d'une intransigeance louable à l'égard des licenciements décidés à l'occasion d'un transfert justiciable de L. 1224-1 du Code du travail.

682. Interdiction des licenciements en lien avec le transfert. Au même titre que certains ont vu dans l'arrêt *Maldonado* la prohibition de tout licenciement antérieur au transfert, quelques uns ont interprété l'arrêt *Voisin* comme une condamnation de tout licenciement pour motif économique prononcé par le cédant⁵. Interprétation là encore erronée : seuls sont prohibés par l'article L. 1224-1 du Code du travail les licenciements pour motif économique prononcés antérieurement au transfert et motivés par ce dernier. Tous les licenciements pour motif économique notifiés avant une restructuration justiciable de ce texte ne le méconnaissent pas nécessairement. En témoigne l'article 4§1 de la directive selon lequel elle « *ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de*

¹ En ce sens, J. MOULY, art. préc.

² En ce sens, J. MOULY, art. préc. ; P. COURSIER, obs. sous Cass. soc., 27 juin 1995, JCP G 1996, I, 3899, n° 17.

³ Cass. soc., 17 juil. 1990, Bull. civ. V, n° 372.

⁴ Cass. soc., 17 juil. 1990, Bull. civ. V, n° 372 ; RJS 1990, n° 950 ; D. 1991, Somm. 149, obs. I. GALLOT ; Cass. soc., 27 juin 1995, Bull. civ. V, n° 218 ; JCP G 1996, I, 3899, n° 17, obs. P. COURSIER ; D. 1995, IR 174 ; RJS 1995, n° 1013 ; Cass. soc., 12 juil. 1995, RJS 1995, n° 650.

⁵ L'arrêt *Voisin* énonce que « *le transfert d'une entité économique autonome entraîne de plein droit le maintien, avec le nouvel employeur, des contrats de travail qui y sont attachés et prive d'effet les licenciements prononcés par le cédant pour motif économique* » ; Cass. soc., 11 mars 2003, Bull. civ. V, n° 86 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 64 ; Dr. soc. 2003, p. 474, rapp. P. BAILLY et note A. MAZEAUD ; JCP G 2004, I, 145, n° 5, obs. P. MORVAN.

l'emploi »¹. Interdire tout licenciement pour motif économique antérieur au transfert, quelle qu'en soit la cause, non seulement serait contraire à la lettre et à l'esprit de la directive et de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le législateur ayant institué le maintien des contrats de travail pour assurer la continuité des emplois des salariés et, avec elle, celle de l'entreprise, mais, de surcroît, elle porterait atteinte à la liberté d'entreprendre. Prohiber tout licenciement pour motif économique avant la cession se révélerait illogique et participerait, dans une certaine mesure, d'un raisonnement *contra legem*, puisqu'un tel licenciement fondé, non sur le transfert lui-même, mais sur une cause économique étrangère à ce dernier, telle des mutations technologiques ou des difficultés économiques, n'est en rien contraire à l'article L. 1224-1 du Code du travail. De telles ruptures sont d'ailleurs admises par la CJUE qui reconnaît tant au cédant qu'au cessionnaire le pouvoir de prononcer un licenciement pour motif économique reposant sur une cause indépendante du transfert². Il serait en outre particulièrement inopportun d'interdire au cédant de procéder à une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité impliquant des suppressions de postes avant le transfert, dès lors que cette opération se révèle indispensable et qu'elle n'a aucun lien avec le transfert. L'atteinte qui serait ainsi portée à la liberté d'entreprendre du cédant ne reposerait, qui plus est, sur aucun fondement juridique.

À ce titre et en dépit des termes de l'arrêt *Voisin* qui énonce en termes très généraux que l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail « *prive d'effet les licenciements prononcés par le cédant pour motif économique* », aucune présomption irréfragable d'illicéité de tout licenciement pour motif économique antérieur au transfert ne résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation. Selon le conseiller WAQUET, « la seule question qui mérite d'être posée est la suivante : les licenciements ont-ils, de près ou de loin, une relation avec la cession envisagée ou décidée ? Si non, leur validité peut être admise. Ce ne serait le cas que pour une cause économique née et constatée avant que ne soit envisagée la cession de l'entreprise. Si oui, et c'est le cas le plus fréquent, ils tendent nécessairement à faire échec aux dispositions d'ordre public de l'article [L. 1224-1] »³. Voici ainsi résumée la doctrine de la Cour de cassation qui se trouve être juridiquement incontestable. Elle a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler que la seule proximité temporelle entre le prononcé d'un licenciement pour motif économique et une restructuration justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne suffit pas à priver d'effet les ruptures ; il est nécessaire qu'il soit démontré que le

¹ Art. 4§1 Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc.

² CJCE, 12 mars 1998, aff. C-319/94, *Jules Dethier Equipement*, Rec. p. 1061.

³ P. WAQUET, rapp. sous Cass. soc., 20 janv. 1998, *Guermonprez*, JCP G 1998, II, 10027, p. 344.

contrat de travail a été rompu « à l'occasion [du] transfert ou pour y faire échec »¹. Lorsqu'un licenciement pour motif économique est prononcé à une date relativement proche de la cession, il est frappé d'une présomption, non pas irréfragable, mais simple, d'illicéité au regard des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail ; présomption susceptible d'être renversée par la preuve de l'existence d'une cause économique totalement étrangère au transfert.

Les juges du fond doivent donc se montrer particulièrement vigilants lorsqu'ils sont amenés à se prononcer sur la validité de licenciements pour motif économique notifiés dans un laps de temps proche de la réalisation de la restructuration. Appelés à s'assurer que la cause de la rupture invoquée dans la lettre de licenciement est bien sa cause exacte², lorsqu'ils contrôlent la cause réelle et sérieuse de ce dernier, ils doivent donc vérifier que le motif qui a fondé la décision de l'employeur est sans rapport aucun avec le transfert. La CJUE estime à ce titre que « pour déterminer si le licenciement a été motivé par le seul fait du transfert, (...), il convient de prendre en considération les circonstances objectives dans lesquelles le licenciement est intervenu et notamment le fait qu'il a pris effet à une date rapprochée de celle du transfert et que les travailleurs en cause ont été réembauchés par le cessionnaire »³. Ainsi, dès que la restructuration est envisagée par l'employeur, s'ouvre une sorte de « période suspecte »⁴ au cours de laquelle, si les licenciements ne reposent pas sur une cause totalement indépendante du transfert, ils seront considérés par les juges comme décidés en raison de ce dernier et partant en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail. De ce point de vue, un employeur qui projette une opération justiciable de ce texte doit être particulièrement vigilant quant à la cause du licenciement qu'il prononce au cours de cette « période suspecte », tant la Cour de cassation est intransigeante sur l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. La fermeté dont elle fait preuve à l'égard des licenciements prononcés à l'occasion du transfert s'explique au regard de la finalité de ce texte censé assurer la stabilité de l'emploi des salariés malgré la restructuration de l'entreprise, participant ainsi à la mise en œuvre de leur droit constitutionnel à l'emploi⁵.

Toutefois, la Cour de cassation prend soin de distinguer les licenciements pour motif économique décidés au cours de cette « période suspecte » qui sont sans rapport aucun avec le transfert de ceux qui présentent un lien quelconque, aussi ténu soit-il, avec la restructuration.

¹ Cass. soc., 4 juil. 2012, n° 10-26.504, dr. soc. 2012, p. 948, obs. A. MAZEAUD.

² Cass. soc., 26 mai 1998, Bull. civ. V, n° 276 ; D. 1998, IR 194.

³ CJCE, 15 juin 1998, *P. Bork International*, préc.

⁴ J. MOULY, art. préc.

⁵ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 5.

Seules ces ruptures sont illicites. Elle rappelle ainsi que « *si les dispositions de [L. 1224-1] du Code du travail ne font pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir antérieurement à la cession pour des motifs économiques* », ce n'est qu'à la condition qu'ils reposent sur une cause existante avant la restructuration et dépourvue de lien, aussi léger soit-il, avec elle¹.

Dans la mesure où aucune garantie d'emploi n'est offerte aux salariés par l'article L. 1224-1 du Code du travail, le cessionnaire peut licencier un salarié transféré une fois la cession réalisée, sous réserve de respecter l'exigence de cause réelle et sérieuse de droit commun.

Automatique et impératif, l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail paralyse en partie le pouvoir de licencier du cédant qui ne peut rompre un contrat de travail pour un motif lié au transfert. La Cour de cassation, particulièrement attachée au caractère d'ordre public des dispositions de ce texte, fait montre en la matière d'une intransigeance somme toute logique et particulièrement louable dans la mesure où la stabilité de l'emploi des salariés est en jeu. Il appartient alors aux employeurs d'être particulièrement vigilants lorsqu'ils prononcent un licenciement pour motif économique à un moment où le principe de la cession de l'entité est arrêté, dans la mesure où est condamnée toute rupture décidée en raison du transfert. Seules quelques rares exceptions au principe de la prohibition des licenciements prononcés « à l'occasion du transfert » sont restrictivement admises par la Cour de cassation.

b - Les exceptions au principe prohibant tout licenciement en lien avec le transfert.

L'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail emporte transfert au nouvel employeur des contrats de travail des salariés affectés à l'entité cédée. Le cédant ne peut donc procéder au licenciement d'un ou plusieurs d'entre eux en raison du transfert sans violer du même coup ce texte dont l'impérativité se traduit par l'inefficacité des ruptures. Toutefois, le principe de l'illicéité des licenciements prononcés à l'occasion de la cession d'une entité économique autonome connaît deux exceptions : l'une résultant d'un aménagement légal

¹ Cass. soc., 9 avr. 2002, TPS 07/02, p. 17, n° 227. Si, dans cet arrêt, la Cour de Cassation rappelle le principe selon lequel dès lors qu'une cause économique antérieure au transfert est avérée elle peut fonder un licenciement pour motif économique qui ne sera pas contraire à L. 1224-1, elle réaffirme que « *l'exigence formulée par l'acquéreur du licenciement d'un salarié employé dans l'entreprise transférée ne saurait constituer pour le cédant une cause légitime de rupture du contrat de travail de l'intéressé* ».

propre aux entreprises en difficulté (α) et l'autre d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation relative à la reprise par les salariés de l'entreprise liquidée (β).

α - L'exception des licenciements judiciairement autorisés dans le cadre d'une procédure collective.

683. Autorisation judiciaire des licenciements dérogatoires à l'article L. 1224-1 du code du travail dans la cadre d'une procédure collective. Le droit des procédures collectives aménage des dérogations à l'effet translatif de plein droit attaché à l'article L. 1224-1 du Code du travail en autorisant, sous certaines conditions, les licenciements prononcés à l'occasion de la restructuration relevant des dispositions de ce texte. En effet, si l'existence d'une procédure collective ouverte à l'encontre du cédant ne constitue pas un obstacle à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le transfert des contrats étant impératif lorsque les conditions d'application de ce texte sont réunies, des licenciements peuvent tout de même être valablement prononcés sous réserve de respecter strictement le régime d'exception défini par le droit des entreprises en difficulté.

Ainsi, dans le cadre de la période d'observation qui suit le jugement d'ouverture de la procédure, l'administrateur peut être autorisé à procéder à des licenciements pour motif économique par une ordonnance du juge commissaire s'il estime que ces ruptures présentent un caractère « *urgent, inévitable et indispensable* » au redressement de l'entreprise¹. Ces licenciements prononcés sur autorisation du juge commissaire, s'ils répondent aux conditions spécifiques de validité du régime dérogatoire posé par le droit des procédures collectives², ne pourront être remis en cause sur le fondement de la méconnaissance de L. 1224-1 en cas de cession ultérieure de l'entreprise. Surtout, le tribunal de la procédure peut arrêter un plan de cession, totale ou partielle, prévoyant des licenciements dont il est difficile de soutenir qu'ils sont étrangers au transfert. Pour autant, si ces ruptures respectent les exigences légales spécifiques au prononcé de licenciements pour motif économique dans le cadre d'un plan de cession³, ils échappent à l'inefficacité sanctionnant les ruptures prononcées en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Pour mémoire, depuis la loi du 26 juillet 2005 l'adoption d'un plan de cession est soumis aux mêmes dispositions, qu'il soit arrêté dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, et les

¹ Art. L. 631-17 du Code de commerce.

² Sur les conditions de validité des licenciements pour motif économique autorisés par le juge commissaire.

³ Sur les conditions de validité des licenciements pour motif économique prévus par le plan de cession.

licenciements prononcés dans ce cadre relèvent donc également du même régime¹. Le droit des entreprises en difficulté aménage donc une exception à l'effet translatif de ce texte d'ordre public en autorisant la notification de licenciements en lien avec la modification dans la situation juridique de l'employeur. Pour autant, ces derniers ne peuvent intervenir que sur autorisation du juge qui constitue une sorte de garde-fou, qu'il s'agisse du juge-commissaire pendant la période d'observation ou du tribunal de la procédure arrêtant le plan de cession. Cette exception à la prohibition des licenciements prononcés à l'occasion du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise et l'identité maintenue est conforme au droit européen. En effet, la directive elle-même prévoit la faculté pour les Etats membres de déroger à la substitution automatique d'employeurs en cas de procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre de l'entreprise².

684. Contrôle strict du respect des dispositions dérogatoires autorisant les licenciements liés au transfert. En vertu du principe selon lequel les exceptions sont d'interprétation stricte et eu égard aux enjeux en cause, la Cour de cassation fait preuve de rigueur s'agissant des licenciements dérogeant à l'impérativité du maintien des contrats en cas de transfert réalisé dans le cadre d'une procédure collective. Elle condamne ainsi tout licenciement prononcé à l'occasion d'une restructuration qui ne respecterait pas scrupuleusement les conditions de validité définies par le droit des entreprises en difficulté, une telle rupture étant dépourvue d'effet³. La Cour de cassation s'assure donc, non seulement que le régime dérogatoire propre aux procédures collectives imposant une autorisation judiciaire préalable est respecté, mais aussi qu'il n'est pas instrumentalisé pour éluder l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail, ce qui constituerait une fraude. Ainsi, après avoir rappelé qu'il ne peut être dérogé aux effets de l'article L. 1224-1 du Code du travail qu'à la condition que le jugement qui arrête le plan de cession prévoie des licenciements et réponde aux exigences prévues par le Code de commerce, la Cour de cassation confirme l'inefficacité du licenciement pour motif économique d'un salarié, intervenu alors que le jugement arrêtant le plan n'indiquait pas le nombre des licenciements autorisés ni les catégories professionnelles concernées, mentions exigées tant sous l'empire du

¹ Loi n° 2005-845, du 26 juillet 2005, de sauvegarde des entreprises, JORF, n°173, du 27 juillet 2005, p. 12187.

² Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 5.

³ Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-72.751, Rev. proc. coll. 2011, n° 6, comm. 186, obs. J.-J. FRAIMOUT, à propos d'un licenciement prononcé dans le cadre d'un plan de cession arrêté en violation des dispositions de l'article L. 621-64 C. com. ancien.

droit antérieur que postérieur à la loi du 26 juillet 2005¹. De même, un licenciement pour motif économique prononcé à l'occasion du transfert, sans avoir été autorisé par le jugement arrêtant le plan de cession, est dépourvu d'effet en ce qu'il se situe hors de la faculté légale de dérogation à l'article L. 1224-1 du Code du travail². Ce n'est qu'à la stricte condition du respect des règles posées par le droit des entreprises en difficulté en matière de licenciements pour motif économique que la Cour de cassation ne remet pas en cause les effets des ruptures intervenues à l'occasion d'un transfert justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Selon la même logique, la Cour de cassation refuse d'assimiler autorisation d'un certain nombre de ruptures dans le plan de cession et clause de reprise partielle du personnel³. Si la première constitue une dérogation à l'effet impératif de l'article L. 1224-1 du Code du travail expressément prévue par la loi, tel n'est pas le cas de la seconde. Ainsi, une clause du plan de cession prévoyant la poursuite d'une partie seulement des contrats attachés à l'entité reprise est réputée non-écrite et les licenciements prononcés sur son fondement sans effet en ce qu'ils violent le texte susvisé⁴.

685. Fraude. Si, en dépit d'une autorisation judiciaire régulière dans le cadre d'une procédure collective, les ruptures révèlent une fraude aux dispositions de l'article L. 1224-1, les juges constateront leur inefficacité. Présentent ainsi un caractère frauduleux les licenciements prononcés en application d'un jugement homologuant le plan de cession, lorsque, une fois le transfert réalisé, le cessionnaire réembauche les salariés licenciés en vertu du plan⁵. En effet, selon la Cour de cassation « *les licenciements ne peuvent concerner que*

¹ Cass. soc., 7 nov. 2007, n° 06-41.208, RDT 2008, p. 36, note P. WAQUET ; Cass. soc., 10 juil. 2001, Bull. civ. V, n° 254 ; ces arrêts ont en effet été rendus sous l'empire du droit antérieur à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005. A ce titre, il est intéressant d'indiquer qu'avant la loi du 26 juillet 2005, le droit des procédures collectives réglait différemment le sort des cessions selon qu'elles intervenaient dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Seules les ruptures prévues par le plan de cession arrêté dans le cadre d'un redressement bénéficiaient d'une dérogation prévue à l'ancien article L. 621-64 du Code de commerce. Aucune exception à l'article L. 1224-1 du Code du travail n'ayant été prévue par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 en cas de cession intervenant dans le cadre d'une liquidation, la Cour de cassation imposait le maintien des contrats de travail en cas de cession d'une unité de production autorisée par le juge commissaire et constatait donc l'inefficacité des licenciements la précédant (Cass. soc., 21 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 440 ; V. auparavant dans la liquidation de biens Cass. soc., 13 juin 1990, Bull. civ. V, n° 274 (cession à forfait) ; Cass. soc., 3 avr. 2001, Bull. civ. V, n° 113 et 119 ; RJS 6/01, n° 725 ; Cass. soc., 1^{er} oct. 2003, RJS 12/03, n° 1367 ; Cass. soc., 24 oct. 2006, Dr. ouv. 2007, p. 231, note S. DAUDET).

² Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-41.470, inédit, RDT 2008, p. 312, obs. P. WAQUET.

³ Cass. ch. mixte, 7 juil. 2006, préc. ; Cass. soc., 11 fév. 2009, préc. ; Cass. soc., 28 sept. 2010, JCP S 2010, 1482, obs. L. DRAI.

⁴ Cass. ch. mixte, 7 juil. 2006, préc. ; Cass. soc., 11 fév. 2009, préc. ; en ce sens également Cass. soc., 30 juin 1992, Dr. soc. p. 837, dans lequel la Cour de Cassation condamne la pratique d'un plan autorisant le licenciement de tous les salariés et prévoyant dans le même temps la reprise de 32 d'entre eux, de telles ruptures sont contraire à l'article L. 1224-1 du Code du travail, et partant nulles.

⁵ Cass. soc., 30 juin 1992, Bull. civ. V, n° 427 ; Cass. soc., 10 juin 1982, Bull. civ. V, n° 389 ; Cass. soc., 12 fév. 1991, RJS 1991, n° 311 ; Cass. soc., 14 déc. 1999, Bull. civ. V, n° 483 ; Cass. soc., 3 mai 2007, RJS 8-9/2007, n° 916 ; V. aussi, Cass. soc., 9 juil. 1997, RJS 1997, n° 1340 qui prive d'effet une convention de conversion. De

des salariés qui ne sont pas repris par le cessionnaire »¹, ce qui est logique eu égard au caractère d'ordre public des dispositions imposant le maintien des contrats par delà la restructuration.

En revanche, si le licenciement d'un salarié prévu par le jugement arrêtant le plan de cession présente un caractère frauduleux résultant du recrutement concomitant d'une personne appelée à exercer des fonctions identiques dans l'entreprise une fois le transfert réalisé, la rupture n'est pas sans effet mais sans cause réelle et sérieuse². Il est de ce point de vue curieux que la Cour de cassation adopte une position différente selon que le cessionnaire réembauche les salariés licenciés en vertu d'une autorisation judiciaire ou recrute concomitamment des personnes pour les remplacer, ces deux comportements constituant à notre sens une fraude à l'article L. 1224-1 du Code du travail. Cette distinction semble reposer sur le raisonnement suivant : dans le premier cas, la Cour de cassation considère que le fait de réembaucher le salarié licencié constitue une fraude à l'article L. 1224-1 du Code du travail ; alors que dans le second, le recrutement postérieur au licenciement autorisé dans le plan de cession mettrait en exergue une violation du droit du licenciement pour motif économique. En effet, pour avoir une cause réelle et sérieuse, une telle rupture implique notamment que le poste du salarié licencié soit réellement supprimé, ce qui n'est pas le cas dès lors que l'employeur procède à une embauche pour « remplacer » le salarié licencié. Ce raisonnement ne nous convainc guère et la distinction qui en résulte nous semble critiquable puisque, dans un cas comme dans l'autre, la fraude à l'article L. 1224-1 du Code du travail est bien caractérisée. Aucune raison ne vient justifier ce traitement différencié qui est particulièrement surprenant eu égard à la rigueur dont fait preuve la Cour de cassation quant à l'application de ce texte, illustrée notamment par la remise en cause des licenciements dits « de précaution » en cas de cession ultérieure de tout ou partie de l'entreprise liquidée.

même, sont également réputées sans effet, en raison de leur caractère frauduleux, les ruptures de contrats de travail prononcées par le mandataire liquidateur alors que les salariés sont ensuite réembauchés par le cessionnaire de l'actif liquidé choisi par le juge commissaire dans le cadre d'une cession d'unité de production soumise au régime antérieur à la loi de 2005. Ces ruptures éludant l'effet translatif de L. 1224-1 sont donc sans effet. Cass. soc., 11 mars 1992, Bull. civ. V, n° 170 ; Cass. soc., 23 mars 1994, Bull. civ. V, n° 103, RJS 1994, n° 525 ; Cass. soc., 6 nov. 1996, RJS 1997, n° 380 ; Cass. soc., 28 mai 1997, RJS 1997, n° 952 ; Cass. soc., 31 mars et 21 oct. 1998, RJS 1999, n° 1451 ; Cass. soc., 15 déc. 1998, Dr. soc. 1999, p. 201, obs. B. GAURIAU. Sous l'empire de la loi du 13 juil. 1967, V. Cass. soc., 30 nov. 1978, Bull. civ. V, n° 814 ; Cass. soc., 11 oct. 1979, Bull. civ. V, n° 714 ; Cass. soc., 19 mars 1981, Bull. civ. V, n° 234.

¹ Cass. soc., 30 juin 1992, préc. ; Cass. soc., 10 juin 1982 ; Cass. soc., 12 fév. 1991 ; Cass. soc., 14 déc. 1999 ; Cass. soc., 3 mai 2007 ; Cass. soc., 9 juil. 1997, préc.

² Cass. soc., 2 juin 2004, RJS 8-9/2004, n° 899 ; Cass. soc., 8 déc. 2004, RJS 2/05, n° 127 ; Cass. soc., 12 juil. 2005, JCP S 2005, 1279, comm. P. MORVAN ; Cass. soc., 13 fév. 2008, n° 06-44.971, RJS 2008, n° 398.

686. Remise en cause des licenciements « de précaution » par une cession ultérieure. La Cour de cassation n'admet la validité de licenciements intervenus à l'occasion du transfert qu'à la stricte condition qu'une règle dérogatoire à l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail ait été instituée par le législateur dans le cadre du droit des entreprises en difficulté. C'est pourquoi, faute de prévision législative en ce sens, elle décide que lorsqu'après le jugement prononçant la liquidation judiciaire sur le fondement duquel le liquidateur a licencié les salariés, un repreneur se présente et qu'un transfert justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail a lieu, ces licenciements « de précaution » sont sans effet¹. Cette position peut de prime abord surprendre dans la mesure où les licenciements prononcés par le liquidateur dans le délai de quinze ou vingt-et-un jours suivant le jugement de liquidation afin de garantir la couverture par l'AGS des créances résultant des ruptures ne sont, par définition, pas décidés à l'occasion du transfert puisqu'au moment où ils sont notifiés, le liquidateur ignore qu'une cession justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail va avoir lieu. La cession ne pouvant objectivement pas constituer la cause de ruptures prononcées alors même qu'elle n'était pas projetée, et l'article L. 1224-1 du code du travail tout comme la directive du 23 mars 2001 n'interdisant pas le prononcé de licenciements en amont du transfert, ces ruptures devraient *a priori* être licites. Cette solution consistant à priver d'effet les licenciements « de précaution » en cas de cession ultérieure se justifie selon le conseiller WAQUET au regard de l'objectif poursuivi par la Cour de cassation qui est de « supprimer cette curieuse possibilité de licenciement antérieur à une cession et faisant échec au jeu de la loi »².

Une approche téléologique fonderait donc cette solution que l'on peut également expliquer en estimant qu'en réalité, si au jour de la notification des licenciements aucun transfert n'est envisagé, une telle éventualité ne se trouve pas non plus totalement exclue. Ce n'est donc que sous cette réserve qu'ils peuvent valablement produire leurs effets. À ce titre, nous partageons l'opinion du professeur MOULY selon laquelle « par la force des choses, [les licenciements de précaution] se trouvent donc affectés d'une *condition résolutoire implicite* - la cession ultérieure de l'entreprise - qui, lorsqu'elle se réalise, les anéantit rétroactivement, en autorisant alors le transfert des contrats de travail au repreneur. »³. En l'absence de prévision

¹ Cass. soc., 20 janv. 1998, *Guermonprez*, Bull. civ. V, n° 16 ; Dr. soc. 1998, p. 297, obs. R. VATINET ; RJS 398, n° 280 ; M. HENRY, « À propos de l'arrêt *Guermonprez* c./ d'Abrigeon : violation de L. 122-12, C. trav. et nullité en peau de lapin », *Droit social* 1998, p. 1019 ; du même auteur : « La sanction des licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure collective en violation de l'article L. 122-12 : retour du côté de *Guermonprez* », *Dr. ouv.* 2000, p. 271 ; rapp. P. WAQUET, préc.

² P. WAQUET, rapp. sous Cass. soc., 20 janv. 1998, préc.

³ J. MOULY, art. préc.

légale autorisant les licenciements « de précaution » par dérogation à l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la Cour de cassation soumet donc aux dispositions d'ordre public de ce texte les licenciements prononcés par le liquidateur sur le fondement du jugement de liquidation lorsqu'une cession intervient postérieurement.

Eu égard aux enjeux en cause, la haute juridiction fait ainsi montre d'une rigueur extrême en matière de licenciements décidés à l'occasion du transfert, condamnant toute rupture qui interviendrait en dehors des hypothèses de dérogation strictement prévues par la loi. En l'absence de toute prévision légale, elle admet toutefois une exception à l'inefficacité des licenciements prononcés en amont du transfert alors que l'activité de l'entreprise est poursuivie après ce dernier. En effet, elle écarte l'effet translatif automatique et impératif de l'article L. 1224-1 du Code du travail lorsque les salariés licenciés par l'entreprise liquidée la reprennent en vue d'en poursuivre l'exploitation.

β - La reprise de l'entreprise liquidée par les salariés, exception jurisprudentielle à la prohibition des licenciements à l'occasion du transfert.

687. Si, en principe, les licenciements pour motif économique antérieurs au transfert fondés sur ce dernier sont, sauf dispositions légales contraires, sans effet parce qu'ils violent la règle d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la Cour de cassation a aménagé une exception à ce principe en cas de reprise de l'entreprise par ses salariés licenciés. Selon une jurisprudence constante¹, si l'activité d'une société a été reprise par une autre qui n'a pu être constituée que parce que les salariés l'ont créée grâce à leurs indemnités de licenciement, ces ruptures, qui reposent sur une cause économique sont devenues définitives et produisent tous leurs effets². Cette solution, « heureusement surprenante »³, repose sur des considérations sociales éloignées d'une réelle orthodoxie juridique⁴. En effet, *a priori*, il n'y a

¹ Il convient tout de même de mentionner un arrêt dissident rendu par la Cour de Cassation dans lequel elle reproche aux juges du fond de n'avoir pas recherché si la reprise par la seconde société (créée par les salariés licenciés) de tout ou partie de l'activité de la première ne caractérisait pas le transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité a été reprise (Cass. soc., 3 fév. 1998, RJS 1998, n° 384).

² Cass. soc., 7 mars 1989, *Sopeinor*, Bull. civ. V, n° 180 ; JCP E 1989, II, 15578, n° 13, obs. P. PETEL ; Cass. soc., 12 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 364 ; RJS 1998, n° 281 ; Dr. soc. 1998, p. 93, obs. R. VATINET ; Cass. soc., 20 déc. 2006, JCP S 2007, 1054, note P. MORVAN ; Cass. Soc., 3 mai 2011, Dr. soc. 2011, p. 865, obs. A. MAZEAUD.

³ P. MORVAN, note sous Cass. soc., 20 déc. 2006, précitée.

⁴ En ce sens P. WAQUET, rapp. souss Cass. soc., 20 janv. 1998, préc.

pas de raison de traiter différemment ces ruptures des licenciements dits « de précaution » puisque, à l'instar de ces derniers, au moment où ils sont prononcés la reprise de l'entreprise n'est pas envisagée. Cependant, dans la mesure où ce n'est que grâce aux indemnités de licenciement que les salariés ont pu constituer la société cessionnaire, priver d'effet les ruptures impliquerait la restitution des indemnités, condamnant de fait la société à la ruine et les salariés à perdre leur emploi. C'est pourquoi, cette exception à la disparition des effets des licenciements des salariés repris par le nouvel employeur ne peut qu'être approuvée en ce qu'elle est parfaitement conforme à l'esprit du texte en permettant de préserver une partie des emplois supprimés et d'assurer la continuité de l'entreprise. L'opportunité de cette position de la Cour de cassation n'a d'ailleurs pas échappé au Conseil d'État qui exclut également l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail dans une telle hypothèse¹. Dans la mesure où la reprise par les salariés de l'entreprise liquidée ne prive pas d'effet leurs licenciements, ils concluent avec leur nouvel employeur de nouveaux contrats de travail et ne sauraient dès lors revendiquer l'ancienneté acquise avant le transfert pour le calcul des différentes indemnités ou primes².

Ainsi, hors le cas de la reprise de l'entreprise par les salariés licenciés ou les hypothèses de dérogation légale propres au droit des entreprises en difficulté, tout licenciement antérieur au transfert qui trouve sa cause, de près ou de loin, dans ce dernier constitue une violation des dispositions d'ordre public de L. 1224-1 du Code du travail et se trouve donc privé d'effet. En revanche, les licenciements prononcés avant la restructuration dont le motif est totalement indépendant de cette dernière ne sont, quant à eux, pas prohibés.

¹ CE, 29 déc. 2000, RJS 2001, n° 474 ; CE, 3 mai 2006, JCP S 2006, 1544.

² Cass. soc., 20 déc. 2006, préc.

c - La sanction des licenciements prononcés en violation de l'article L. 1224-1 : une inefficacité source de controverse.

Après avoir longtemps considéré que les licenciements prononcés au mépris de l'article L. 1224-1 du Code du travail étaient « sans cause réelle et sérieuse » ou « abusifs » ou encore « illégitimes »¹, la Cour de cassation, soucieuse d'assurer l'effectivité du maintien des contrats de travail avec le repreneur par-delà le transfert, a assorti la violation de L. 1224-1 d'une sanction réellement comminatoire : l'inefficacité de ces ruptures. Le revirement définitif, qui avait été annoncé par quelques arrêts², eut lieu en 1998³. L'inefficacité frappant cette rupture implique que ni le cédant, auteur de la rupture, ni son successeur, pas plus que le salarié concerné ne devraient pouvoir l'invoquer pour fonder un droit ou une prétention quelconque. Le contrat de travail ayant été transféré de plein droit en application de ce texte, il est réputé ne jamais avoir été rompu. La poursuite de son exécution par le cessionnaire s'impose donc. Toutefois, l'inefficacité de ces ruptures est relative puisque le salarié est, dans certaines circonstances admis à se prévaloir de la rupture illicite de son contrat pour obtenir la réparation du préjudice qui en résulte. Ainsi, si les licenciements contraires à l'article L. 1224-1 du Code du travail sont sans effet, restent à déterminer la portée de cette inefficacité, et notamment ses conséquences en termes d'actions offertes aux salariés (α), ainsi que sa nature. Si la controverse fait rage en doctrine et n'est aucunement tranchée par la jurisprudence, il nous semble que cette inefficacité tend à se rapprocher d'une nullité, même si la Cour de cassation se garde bien d'y faire référence (β).

¹ Cass. soc., 17 juil. 1990, Bull. civ. V, n° 372 ; RJS 1990, n° 650 ; Cass. soc., 27 juin 1995, RJS 1995, n° 1013 ; JCP G 1996, I, 3899, n° 17, obs. P. COURSIER.

² Cass. soc., 26 oct. 1994, Dr. soc. 1995, p. 55 ; JCP E 1995, II, 726, 1ère esp., note J.-J. SERRET ; Cass. soc., 3 mai 1995, Juris-Data n° 1995-001298.

³ Cass. soc., 20 janv. 1998, préc.

α - La portée de l'inefficacité des licenciements prononcés en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

688. Actions offertes aux salariés. Une fois affirmée l'absence d'effet des licenciements prononcés en violation de L. 1224-1, encore fallait-il en fixer la portée. La détermination des conséquences de cette inefficacité a donné lieu à une construction jurisprudentielle impressionniste comme en témoigne le triptyque des arrêts *Guermonprez*¹, *Maldonado*² et *Voisin*³.

689. *Guermonprez*. La Cour de cassation a d'abord estimé, dans l'arrêt *Guermonprez*, que le licenciement étant sans effet, le contrat de travail avait été transmis de plein droit au cessionnaire, ce dont il se déduisait que le salarié ne pouvait poursuivre le cédant, auteur du licenciement inefficace, pour être indemnisé⁴. L'inefficacité de la rupture lui interdisait de s'en prévaloir pour ester en justice, il n'avait d'autre choix que de s'adresser au repreneur pour solliciter la poursuite de l'exécution de son contrat⁵ ; ce n'est qu'en cas de refus que le salarié pouvait alors agir contre le cessionnaire pour être indemnisé au titre de son licenciement sans cause sérieuse. Cette solution a fait l'objet de vives critiques doctrinales en ce que, d'une part, elle fermait tout recours contre le cédant pourtant auteur du licenciement illicite⁶ et, d'autre part, elle imposait au salarié victime de la violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail la réparation en nature de l'illicéité, la possibilité d'une réparation par équivalent lui étant déniée. En outre, cette solution éludait le principe, pourtant relativement bien ancré dans la jurisprudence de la Cour de cassation, selon lequel l'existence d'un licenciement irrégulier, illicite, illégal ou nul n'interdit pas au salarié à l'encontre duquel il a été prononcé de s'en prévaloir, ce dernier pouvant toujours considérer la rupture comme acquise⁷.

¹ Cass. soc., 20 janv. 1998, préc.

² Cass. soc., 20 mars 2002, préc.

³ Cass. soc., 11 mars 2003, Bull. civ. V, n° 86 ; GADT 4ème éd., n° 64 ; Dr. social 2003, p. 474, rapp. P. BAILLY et note A. MAZEAUD ; JCP G 2004, I, 145, n° 5, obs. P. MORVAN.

⁴ Cass. soc., 20 janv. 1998, préc.

⁵ Cass. soc., 20 janv. 1998, préc.

⁶ M. HENRY, articles préc.

⁷ En ce sens, M. HENRY, art. préc. ; P. WAQUET, obs. sous Cass. soc., 12 mars 2008, RDT 2008, p. 312. Il convient à ce titre de citer un arrêt rendu par la Cour de cassation dans lequel elle énonce que « les dispositions de l'article [L. 1224-1] destinées à garantir la stabilité de l'emploi n'ont pas pour effet d'interdire aux salariés qui ont accepté la mesure de congédiement et ont cessé le travail sans passer au service du nouvel employeur, de considérer leur contrat comme rompu », en ce sens, Cass. soc., 5 janv. 1995 *Messibah et Bakhouché c./ Sté Nouvelle des Impressions Sowac et Segui Mandataire*, n° 145 D.

690. *Maldonado*. Prenant acte de ces critiques, et bien qu'ayant réitéré sa position¹, la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence avec l'arrêt *Maldonado*, dans lequel elle accorde aux salariés le choix entre « *demandeur au repreneur la poursuite du contrat de travail illégalement rompu ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant* »². Ainsi, le salarié dont le licenciement est sans effet, peut opter soit pour la réparation du préjudice résultant de la perte de son emploi en nature en poursuivant l'exécution de son contrat avec le repreneur, soit pour sa réparation par équivalent en saisissant le conseil de prud'hommes d'une demande de dommages et intérêts à l'encontre de son ancien employeur. *Guermonprez* devient alors une branche de l'alternative offerte aux salariés dont le licenciement est contraire à l'article L. 1224-1 du Code du travail. Reconnaître au salarié la possibilité de poursuivre l'auteur du licenciement illicite revient à l'autoriser à se prévaloir de cette rupture pour fonder sa prétention. C'est donc admettre que ce licenciement inopérant puisse produire des effets que le salarié peut invoquer en justice ce qui constitue, selon certains auteurs, une entorse non seulement à l'inefficacité des ruptures prononcées en violation de l'article L. 1224-1, mais aussi au caractère d'ordre public de ce texte interdisant à toutes les parties en présence de se soustraire à son effet translatif de plein droit³.

691. *Voisin*. À ce titre, la Cour de cassation a apporté un correctif à l'arrêt *Maldonado* en décidant dans l'arrêt *Voisin* que, si avant l'expiration du préavis, le cessionnaire informe le salarié illégalement licencié de son intention de poursuivre le contrat sans modification, le changement d'employeur s'impose alors au salarié qui ne peut agir contre le cédant pour obtenir des dommages et intérêts⁴. L'option accordée par l'arrêt *Maldonado* est donc déniée au salarié si le nouvel employeur l'informe de sa volonté de poursuivre son contrat de travail qui, en application de l'article L. 1224-1, n'a théoriquement jamais été rompu puisque le licenciement est sans effet. Le salarié perd également le bénéfice de l'option entre réparation en équivalent et en nature, lorsque l'exécution du contrat de travail s'est effectivement

¹ Cass. soc., 22 janv. 2002, *Salvetat*, Dr. social 2002, p. 463, obs. A. MAZEAUD.

² Cass. soc., 20 mars 2002, préc. ; en ce sens également Cass. soc., 28 janv. 2004, CSBP 2004, n° 159, p. 165, obs. F.-J. PANSIER.

³ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 186 et s. ; P. MORVAN, « Les effets du licenciement « sans effet » dans le transfert d'entreprise », Dr. soc. 2013, p. 135.

⁴ Cass. soc., 11 mars 2003, préc. ; en ce sens également Cass. soc., 4 mai 2011, Dr. soc. 2011, p. 997, obs. A. MAZEAUD.

poursuivie avec le cessionnaire¹. C'est parce qu'une relation de travail s'est tissée avec le repreneur, illustrant de fait l'absence totale d'effet du licenciement prononcé par le cédant, que la Cour de cassation refuse au salarié la faculté de s'opposer au transfert de son contrat en demandant des dommages et intérêts au cédant alors qu'en réalité le transfert de son contrat a bien eu lieu. Ainsi, si le cessionnaire manifeste au cours du préavis son intention de poursuivre le contrat illégalement rompu par son prédécesseur, ce que rien ne l'oblige à faire, ou s'il a effectivement repris le contrat malgré la rupture, le transfert s'impose au salarié qui ne dispose pas de droit d'opposition au transfert de son contrat.

En résumé, lorsqu'il est victime d'un licenciement prononcé en violation de l'article L. 1224-1 du code du travail, le salarié peut exiger la poursuite de son contrat avec le repreneur aux conditions en vigueur avant le transfert. Si le cessionnaire s'oppose à la reprise du contrat, le salarié peut saisir le juge des référés afin de faire cesser le trouble manifestement illicite que constitue ce refus². Le licenciement prononcé par le cédant étant sans effet, le cessionnaire ne saurait l'invoquer pour s'opposer à la poursuite du contrat de travail³. Ainsi, s'il n'accepte pas de reprendre l'exécution du contrat illégalement rompu, il devra supporter les conséquences de la rupture intervenue de son fait⁴. En effet, le refus du cessionnaire de maintenir la relation de travail après le transfert fait de lui le premier responsable de la rupture du contrat qui se trouve dès lors dépourvue de cause réelle et sérieuse⁵. Si le salarié ne désire pas passer au service du nouvel employeur, il peut ester en justice pour obtenir du cédant la réparation du licenciement illicite⁶, sauf si le cessionnaire l'a informé, avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre le contrat sans modification, ou si l'exécution du contrat de travail a continué par-delà le transfert avec le nouvel employeur. Dès lors que le repreneur envisage la poursuite du contrat aux conditions en vigueur avant le transfert, et qu'il porte à la connaissance du salarié cette intention avant le terme du préavis, ou que cette poursuite est effective, le salarié n'a d'autre choix que d'exécuter son contrat transféré automatiquement en application de l'article L. 1224-1. Aucune action contre le cédant ne lui est offerte en pareilles hypothèses.

¹ Cass. soc., 13 mai 2009, D. 2009, AJ 1542, obs. L. PERRIN ; RDT 2009, p. 514 obs. H. GUYADER ; Dr. soc. 2010, p. 125, obs. A. MAZEAUD ; RJS 2009, n° 612, Dr. ouvrier 2009, p. 522, obs. I. TARAUD.

² Cass. soc., 14 fév. 2007, n° 04-47.110, Bull. civ. V, n° 2 ; Cass. soc., 12 juin 2007, n° 06-41.554 ; Cass. soc., 15 fév. 2006, n° 04-43.923, Bull. civ. V, n° 67.

³ Cass. soc., 27 avr. 2000, Gaz. Pal. 27-29 janv. 2002, p. 34, note F. DUMONT.

⁴ Cass. soc., 19 janv. 2010, RJS 4/2010, n° 314 ; Cass. Soc., 13 mai 2008, RJS 7/08, n° 758.

⁵ Cass. soc. 24 janv. 2007, n° 05-43.508, RDT 2007, p. 174, obs. P. WAQUET.

⁶ Le cédant sera, dans une telle situation, condamné à payer en sus des indemnités de rupture, des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subi par le salarié du fait de la perte injustifiée de son emploi. Il s'expose de surcroît à devoir rembourser les indemnités chômage versées au salarié suite à ce licenciement violant l'article L. 1224-1 ; Cass. soc., 4 juin 2003, RSJ 8-9/2003, n° 985, 2ème esp

692. Eventuelle responsabilité solidaire des employeurs. Si les employeurs successifs ont tous deux participé à la réalisation du préjudice du salarié constitué par la perte de son emploi, le premier en prononçant le licenciement illégal, le second en refusant de poursuivre le contrat, il peut agir contre les deux afin d'obtenir leur condamnation solidaire¹. Toutefois, ce n'est qu'à condition d'avoir demandé, en vain, au cessionnaire de reprendre l'exécution du contrat que la violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail pourra lui être imputée². Le refus du cessionnaire de poursuivre l'exécution du contrat illégalement rompu par le cédant offre donc aux salariés un cumul d'actions contre les employeurs successifs, coauteurs du dommage. Dans la mesure où « *par leur action commune* », sans qu'il soit nécessairement question de collusion frauduleuse, les deux employeurs ont « *contribué à l'entier préjudice subi par le salarié par suite de la perte de son emploi ; ils [doivent] être condamnés in solidum au paiement de dommages et intérêts réparant ce préjudice* »³. Cette dualité de débiteurs solidaires ne saurait avoir pour conséquence d'offrir au salarié licencié une double réparation de son préjudice, constitutive d'un enrichissement sans cause⁴. Ainsi, si après avoir été licencié illégalement par le cédant, le salarié est effectivement passé au service du cessionnaire qui l'a licencié en méconnaissance des effets de l'article L. 1224-1 du Code du travail, il peut agir contre le cessionnaire peu important qu'une transaction ait été conclue avec le cédant, mais l'indemnité prévue par celle-ci devra être déduite des sommes mises à la charge du repreneur⁵.

Par ailleurs, une condamnation *in solidum* des employeurs successifs est également possible en cas de collusion frauduleuse de leur part destinée à éluder l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Il en va notamment ainsi lorsque l'acte de cession d'un fonds de commerce exclut expressément la poursuite du contrat d'un salarié⁶, ou lorsque les sociétés cédante et cessionnaire se sont entendues pour priver les salariés des droits résultant de l'application de cet article en éludant la poursuite des contrats de travail aux conditions en vigueur au jour du transfert⁷. Dans de telles hypothèses, le salarié peut demander l'indemnisation du préjudice résultant de la perte de son emploi à l'un ou l'autre des

¹ Cass. soc., 10 oct. 2006, Bull. civ. V, n° 96.

² Cass. soc., 16 déc. 2008, RJS 2/09, n° 142 ; Cass. soc., 28 sept. 2010, n°09-40.090, inédit.

³ Cass. soc., 12 avr. 2005, RJS 6/05, n° 603.

⁴ Cass. soc., 16 déc. 2008, préc.

⁵ Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-20.256, à paraître au Bulletin.

⁶ Cass. soc., 21 mars 2006, RJS 6/06, n° 693 ; Cass. soc., 10 oct. 2006, Dr. social 2007, p. 181.

⁷ Cass. soc., 14 fév. 2007, Dr. social 2007, p. 551, rapp. P. BAILLY et note A. MAZEAUD.

employeurs, ou obtenir leur condamnation solidaire¹. Qu'elle résulte d'une collusion frauduleuse ou du fait que l'un et l'autre ont contribué à la perte injustifiée de l'emploi du salarié : le premier en prononçant un licenciement sans effet, le second en refusant de poursuivre le contrat, la responsabilité solidaire des employeurs successifs, donne lieu à un recours en contribution entre eux².

693. Recours en contribution entre employeurs. Ainsi, le repreneur qui s'oppose au maintien des contrats de travail du personnel dont le licenciement est sans effet apparaît comme le premier fautif³. Si les ruptures notifiées sont la conséquence des conditions posées par lui dans son offre d'acquisition, les juges considèrent qu'il est à l'origine des licenciements et se trouve donc tenu de garantir la société cédante des indemnités mises à sa charge au titre des préjudices consécutifs aux licenciements sans effet⁴. En revanche, si la clause de reprise partielle des salariés contraire à L. 1224-1 du Code du travail est réputée non-écrite, « *le cédant qui continue d'utiliser les services des salariés dont la reprise du contrat n'a pas été prévue, sans demander au cessionnaire de les reprendre, ne peut obtenir de ce dernier le remboursement des sommes afférentes à l'exécution ou à la rupture de ces contrats* »⁵. Par ailleurs, l'action du repreneur contre le cédant sera rejetée s'il fait seulement état de l'existence du licenciement au soutien de son appel en garantie, alors même que ce licenciement est sans effet et qu'il ne l'empêche en rien de poursuivre le contrat de travail⁶.

En outre, les licenciements prononcés en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail étant sans effet, l'AGS est exonérée de toute obligation de garantir le paiement des indemnités de rupture⁷. Elle peut donc réclamer aux salariés le remboursement des avances de

¹ Cass. soc., 8 déc. 1955, Bull. civ. IV, n° 880 ; Cass. soc., 25 nov. 1971, Bull. civ. V, n° 690 ; Cass. soc., 20 juin 2000, RJS 12/2000, n° 1228 ; Cass. soc., 7 mars 2001, RJS 5/2001, n° 570.

² Cass. soc., 13 mai 2009, RJS 7/2009, n° 611.

³ Cass. soc., 19 janv. 2010, RJS 4/2010, n° 314 ; Cass. Soc., 13 mai 2008, RJS 7/08 ; n° 758 ; Cass. soc. 24 janv. 2007, n° 05-43.508, préc.

⁴ Cass. soc., 4 juil. 2006, RJS 10/06, n° 1019. De même, le refus du cessionnaire de poursuivre les contrats de travail attachés à l'entité transférée, qui place le cédant « en situation de sureffectif » caractérise « un préjudice économique causé par la faute » du cessionnaire et dont il doit réparation pour un montant souverainement apprécié par les juges du fond, en ce sens Cass. soc., 20 oct. 2004, RJS 1/2005, n° 14. À ce titre, « *la condamnation solidaire prononcée entre le cédant et le cessionnaire [donne] compétence à la juridiction prud'homale pour statuer sur le recours en garantie du second contre le premier* ». Ce litige ne relève donc pas exclusivement de la compétence du tribunal de commerce. Cass. soc., 10 avr. 2008, RJS 6/2008, n° 643. Le conseil des prud'hommes, saisi de l'action de salariés non repris lors d'un transfert, est de surcroît compétent pour connaître de l'appel en intervention forcée dirigé par leur ancien employeur contre le repreneur dès lors qu'il a pour seul objet de faire déterminer qui est l'employeur au regard de l'article L. 1224-1 du Code du travail. En ce sens, Cass. soc., 23 sept. 2008, RJS 12/2008, n° 1166.

⁵ Cass. Soc., 11 fév. 2009, préc.

⁶ Cass. soc., 22 mars 2007, RJS 6/2007, n° 706.

⁷ Cass. soc., 15 déc. 1998, Dr. soc. 1999, p. 201, obs. B. GAURIAU.

créances¹. Il appartient à ce titre aux salariés d'être particulièrement vigilants quant à l'objet des demandes qu'ils formulent devant le Conseil de prud'hommes sur le fondement de L. 1224-1.

694. Action des syndicats. La Cour de cassation considère que « *les dispositions de L. 1224-1 du Code du travail ayant pour objet le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert de leur contrat de travail, leur violation porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat* » ce qui l'autorise à intervenir dans une instance relative à l'applicabilité de ce texte². S'il peut agir au côté du salarié au titre de l'atteinte portée à l'intérêt collectif de la profession dans le cadre d'un litige relatif à l'applicabilité de l'article L. 1224-1 du Code du travail, une action syndicale de substitution n'est en revanche pas recevable dans la mesure où « *l'action en contestation du transfert d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne du salarié* »³.

Ainsi, lorsqu'un licenciement est prononcé en méconnaissance des dispositions d'ordre public de L. 1224-1, il est frappé d'inefficacité. Le salarié peut alors poursuivre soit le cédant afin d'obtenir des dommages-intérêts pour réparer le préjudice de la perte de son emploi, soit le cessionnaire pour qu'il reprenne l'exécution du contrat de travail aux conditions en vigueur au moment de la restructuration. S'il refuse, le salarié pourra obtenir la condamnation *in solidum* des employeurs successifs. Le recours contre le cédant ne lui est ouvert qu'à la stricte condition qu'aucune relation de travail avec le nouvel employeur ne se soit tissée, et qu'avant l'expiration du préavis ce dernier ne l'ait pas informé de son intention de poursuivre son contrat sans modification. Eu égard aux enjeux essentiels résultant de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail qui protège les salariés face aux restructurations en assurant le maintien de leur emploi en dépit de ces opérations, la Cour de cassation a assorti sa violation d'une sanction réellement comminatoire : ils sont sans effet. Pour autant, l'inefficacité frappant les ruptures prononcées en méconnaissance de ce texte reste énigmatique. La controverse doctrinale sur la nature de cette inefficacité est vive. Est-on, ou non, en présence d'une nullité ? La doctrine est divisée et la jurisprudence ignore la question ; pour notre part,

¹ Cass. soc., 5 nov. 2003, RJS 4/2004, n° 382 ; Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-43.208, inédit, ordonnant le remboursement par les salariés à l'AGS des indemnités de rupture mais pas de l'indemnité de congés payés, étrangère à la rupture sans effet et devant dès lors être garantie par l'AGS. Sur la garantie AGS.

² Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-42.109, RJS 12/2009, n° 957 ; JCP S 2009, 1589, comm. J.-Y. KERBOUC'H.

³ Cass. soc., 11 sept. 2012, Bull. civ. V, n° 226 ; Dr. soc. 2012, p. 1065, obs. A. MAZEAUD, JCP S 2012, 1521, 1521, note G. LOISEAU.

nous partageons l'opinion de certains auteurs selon laquelle cette inefficacité s'apparente en réalité à une nullité.

β - Le débat sur la nature de cette inefficacité.

695. Absence de qualification de l'inefficacité des ruptures. Mises à part de rares décisions isolées et relativement anciennes favorables à la nullité¹, la Cour de cassation n'utilise guère cette qualification, se contentant d'affirmer que les licenciements contraires à l'article L. 1224-1 sont dépourvus d'effet. Si une partie de la doctrine est fermement opposée à l'admission de la nullité des licenciements contraires à ce texte², une autre, dont nous partageons l'opinion, estime que lorsque la Cour de cassation évoque l'absence d'effet des licenciements³, elle se livre à « une non-qualification » de la sanction de ces ruptures qui s'apparente en réalité à la nullité des ruptures qu'elle se refuse à prononcer sans doute pour des raisons d'opportunité⁴.

L'inefficacité n'est pas une sanction civile en tant que telle. Aucun régime juridique de l'inefficacité comme sanction à part entière n'est défini, pas plus qu'elle ne fait l'objet d'une action en justice attitrée. Le doyen CARBONNIER considérait que l'inefficacité est la sanction d'un acte juridique dont la formation ne respecte pas les exigences légales⁵. Il estimait à ce titre que l'inefficacité connaît des degrés dans un « *decrecendo* d'énergie » en ce qu'elle peut résulter du prononcé de différentes sanctions : de l'inexistence de l'acte à son inopposabilité en passant par sa nullité, absolue ou relative. De même, les Professeurs MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK, dans leur manuel de droit des obligations, commencent leur étude des nullités par un paragraphe intitulé « Distinction avec les autres causes d'inefficacité »⁶. L'inefficacité ne semble donc pas être une sanction mais la

¹¹ Cass. civ. sect. soc., 22 juin 1961, Dr. ouvrier 1974, p. 169 ; Cass. soc. 15 mars 1998, Dr. social 1999, p. 201, obs. B. GAURIAU.

² En ce sens, P. MORVAN, « Les non-dits de l'article L. 122-12 : nullité ou fraude », RJS 8-9/2006 p. 647 ; *opus* préc., p. 188 et s. ; P. BAILLY, « Licenciements et L. 122-12 : nullité ou inefficacité ? », SSL 18 avr. 2006, n° 1211, p. 7.

³ En ce sens, A. MAZEAUD, « Licenciement avant le transfert d'entreprise : revirement de jurisprudence », Dr. social 2002, p. 516 ; B. GAURIAU, « Le licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail : nul plutôt qu'inefficace », Dr. soc. 2005, p. 852 ; J. MOULY, « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise – Pour dissiper quelques malentendus », Dr. soc. 2007, p. 534.

⁴ En ce sens, B. GAURIAU, J. MOULY, art. préc.

⁵ J. CARBONNIER, Droit civil, t. 4, « Les obligations », Puf, Thémis, n° 104.

⁶ P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, Droit civil, « Les obligations », Defrénois, 3^{ème} éd., p. 337.

conséquence, le résultat, du prononcé d'une sanction préalable¹. Ainsi, lorsqu'elle énonce que les licenciements contraires à l'article L. 1224-1 du Code du travail sont privés d'effet, la Cour de cassation se borne à constater les conséquences de la violation de ce texte, sans pour autant se prononcer sur la sanction qui en est la source. Comme l'écrit un auteur « l'invocation de l'inefficacité illustre un non-choix une non-qualification, afin de concentrer les feux sur les effets d'une sanction que l'on se retient de nommer »².

696. Exclusion de l'inexistence et de l'inopposabilité des ruptures. L'absence d'effet de ces ruptures ne saurait résulter de leur inexistence. La théorie de l'inexistence, pour autant qu'elle soit admise³, ne peut servir à expliquer l'inefficacité des licenciements contraires à l'article L. 1224-1 du Code du travail dans la mesure où elle repose sur l'absence d'un élément essentiel de l'acte juridique de nature à l'empêcher de « naître » juridiquement⁴. Tel n'est pas le cas des ruptures contraires à l'article L. 1224-1 du Code du travail, sauf à considérer que ce texte interdisant les licenciements en lien avec le transfert, la rupture serait inexistante puisque l'employeur n'a pas le pouvoir de la prononcer, élément essentiel à son avènement juridique. Ce raisonnement n'est guère convaincant. L'admettre revient à considérer que tous les licenciements prononcés par un employeur alors qu'il n'en a pas le pouvoir, comme par exemple celui d'un salarié protégé sans autorisation administrative, sont inexistantes. Or de telles ruptures sont frappées de nullité et non d'inexistence. À ce titre, même les plus farouches opposants à la nullité des licenciements prononcés en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail écartent cette théorie⁵.

L'inopposabilité consiste à priver un acte, parfaitement régulier, d'effet à l'égard de certaines personnes seulement. Elle est également impuissante à justifier l'inefficacité des ruptures contraires à l'article L. 1224-1 du Code du travail. En effet, non seulement ces licenciements sont irréguliers, mais de surcroît leur effet étant paralysé auprès des principaux

¹ En ce sens, B. GAURIAU, J. MOULY, art. préc.

² B. GAURIAU, art. préc.

³ La théorie de l'inexistence sanction d'un acte dépourvu d'un élément essentiel faisant obstacle à son avènement juridique est source de controverse. Elle a été imaginée pour contrer l'interdiction dans certains cas des nullités virtuelles. L'inexistence d'un acte serait ainsi le tempérament de la règle « pas de nullité sans texte ». Lorsqu'un élément essentiel d'un acte fait défaut et qu'aucun texte ne prévoit la possibilité de prononcer sa nullité, alors même qu'à défaut de cet élément l'acte ne saurait naître juridiquement, il conviendrait d'en constater l'inexistence. Cependant très nombreux sont ceux qui refusent d'admettre cette théorie. En effet, tout d'abord à la règle « pas de nullité sans texte, » est loin d'être intangible en témoigne la théorie des nullités virtuelles. Ensuite, la grande majorité des adversaires de cette théorie, considère que ce que ses défenseurs qualifient « d'inexistence » est en réalité une nullité absolue. Ils assimilent dès lors l'inexistence à la nullité absolue. Sur ce débat, cf. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *opus* préc., p. 339.

⁴ P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *opus* préc., p. 338.

⁵ En ce sens, P. BAILLY ; *contra* G. PIGNARRE, « Les licenciements privés d'effets en cas de transfert d'entreprise : la revanche du droit des contrats », D. 2003, p. 14.

intéressés (employeurs successifs, salariés, AGS et Pôle emploi), on voit mal vis-à-vis de quelles personnes ces ruptures seraient susceptibles de produire des effets¹...

697. Refus de la Cour de cassation de retenir la nullité pourtant source de l'inefficacité. Ni l'inexistence, ni l'inopposabilité n'étant à même de fonder l'absence d'effet des ruptures contraires à l'article L. 1224-1 du Code du travail, reste la nullité comme cause envisageable de leur inefficacité. De ce point de vue, et de l'avis même des opposants à la théorie de la nullité des licenciements méconnaissant l'article L. 1224-1², l'arrêt *Hattabi* du 15 février 2006 semble faire un pas vers la reconnaissance de la nullité de ces ruptures³. Dans cet arrêt, la Cour de cassation énonce que les licenciements « *sont privés d'effet et que les salariés licenciés ont le choix de demander au nouvel employeur la poursuite de leur contrat de travail, qui est alors censé n'avoir jamais été rompu, ou la réparation du préjudice qui découle de la rupture par l'auteur du licenciement* »⁴. Elle poursuit en censurant le rejet par la Cour d'appel de la demande de réintégration du salarié alors qu'il « *était en droit d'obtenir la poursuite de son contrat de travail qui n'avait jamais été rompu avec le nouvel employeur* »⁵. Les différentes formulations employées dans cet arrêt sont particulièrement intéressantes en ce qu'elles cristallisent la véritable nature de l'inefficacité frappant les licenciements prononcés en violation du maintien impératif des contrats. Comme l'écrit un auteur, la théorie du licenciement sans effet ne serait qu'un « substitut de la technique de la nullité dont elle produirait les effets sans en porter le nom »⁶. En procédant ainsi, la Cour de cassation évite de qualifier la sanction qu'elle prononce. Elle se contente de mettre en exergue ses conséquences. Sans doute n'utilise-t-elle pas la qualification de « nullité » pour des raisons d'opportunité, ralliant ainsi l'opinion des adversaires de cette théorie selon lesquels annuler les licenciements contraires à l'article L. 1224-1 serait, dans certains cas, disproportionné⁷.

En effet, prononcer la nullité du licenciement implique d'offrir aux salariés un droit à réintégration chez le cessionnaire et des indemnités relativement importantes dont le montant varie selon que le salarié est ou non réintégré. Le droit à réintégration chez le cessionnaire ne

¹ En ce sens, J. MOULY art. préc.

² En ce sens, P. MORVAN, art. et *opus* préc. p 200 et s.

³ Cass. soc. 15 fév. 2006, Bull. civ. V, n° 67 ; Dr. soc. 2006, p. 572, obs. A. MAZEAUD ; RJS 2006, n° 533 ; RDT 2006, p. 26, obs. P. WAQUET.

⁴ Cass. soc. 15 fév. 2006, Dr. soc. 2006, p. 572, obs. A. MAZEAUD ; RJS 2006, n° 533.

⁵ Cass. soc., 15 fév. 2006, préc.

⁶ J. MOULY art. préc. En ce sens également, B. GAURIAU, art. préc.

⁷ En ce sens, P. MORVAN, op. et art. préc. ; P. BAILLY, art. préc.

semble guère poser de difficultés en lui-même puisque, même si la Cour de cassation n'y fait pas directement référence, elle reconnaît au salarié le droit d'obtenir la poursuite de son contrat chez le repreneur. C'est sans doute pour laisser aux juges du fond la possibilité de fixer librement le montant des dommages et intérêts nécessaires à la réparation du préjudice subi par le salarié qu'elle refuse de prononcer la nullité du licenciement. En effet, cette sanction implique l'octroi au salarié des dommages et intérêts correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement illicite et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé¹. Le salarié qui ne serait pas réintégré aurait droit pour sa part aux indemnités de rupture ainsi qu'à une indemnisation réparant intégralement le préjudice résultant de la perte illicite de son emploi dont le montant, souverainement apprécié par les juges du fond, ne saurait toutefois être inférieur à l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 *id est* six mois de salaire, ce quelles que soient son ancienneté et la taille de l'entreprise². L'octroi de tels montants d'indemnisation apparaît aux yeux de certains auteurs comme « un enrichissement sans cause, pour le moins discutable » notamment au profit de salariés ayant une faible ancienneté³, vision que la Cour de cassation semble partager et qui expliquerait qu'elle refuse de retenir la qualification de nullité, préférant évoquer l'absence d'effet du licenciement. Il n'en reste pas moins qu'à notre sens l'inefficacité des licenciements notifiés en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail résulte de leur nullité que la Cour de cassation se refuse à prononcer pour des raisons d'opportunité.

698. Caducité des licenciements « de précaution ». La nullité ne peut fonder l'inefficacité des licenciements prononcés en application du jugement plaçant l'entreprise en liquidation judiciaire lorsque tout ou partie de l'activité est par la suite reprise, licenciements dits « de précaution ». En effet, l'annulation d'un acte implique que la cause de la nullité existe à la date à laquelle l'acte litigieux est accompli⁴. Or, comme l'atteinte à l'article L. 1224-1 du Code du travail résulte non pas de la proximité temporelle entre le licenciement et le transfert mais du fait que la rupture soit liée à la restructuration, au moment où ils sont prononcés les licenciements de précaution ne méconnaissent pas ce texte puisque la cession n'est pas encore envisagée. Leur inefficacité ne peut dès lors résulter de leur nullité. La

¹ Cass. soc., 3 juil. 2003, Bull. civ. V, n° 214 ; Cass. soc., 12 fév. 2008, Bull. civ. V, n° 364.

² Cass. soc., 2 juin 2004, Bull. civ. V, n° 153.

³ P. MORVAN, *opus préc.*, p. 200 et s.

⁴ En ce sens, P. MORVAN, P. BAILLY, art. préc.

pertinence du raisonnement développé par les adversaires de la nullité des licenciements prononcés en violation du maintien impératif des contrats de travail par-delà le transfert est incontestable. Les licenciements « de précaution » ne sont donc pas nuls en cas de cession de l'entreprise liquidée postérieure à leur notification, mais frappés de caducité par la réalisation d'une condition résolutoire : le transfert ultérieur de l'entreprise¹. En effet, la caducité est une cause d'inefficacité qui « à la différence de la nullité, où la tare de l'acte est originelle, (...) provient d'un événement postérieur »². Ainsi l'inefficacité des licenciements « de précaution » ne résulte pas de leur nullité puisqu'au moment de leur prononcé ils ne sont pas décidés à l'occasion du transfert. Cependant, affectés d'une condition résolutoire implicite : la cession ultérieure de l'entreprise, ils sont rétroactivement anéantis en cas de réalisation de cette dernière.

Ainsi, à notre sens, mis à part les licenciements « de précaution » dont l'inefficacité résulte de leur caducité, les licenciements prononcés en violation de l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont privés d'effet parce qu'ils reposent sur une cause illicite impliquant leur nullité que la Cour de cassation se refuse à évoquer expressément sans doute pour éviter d'appliquer le régime indemnitaire attaché aux licenciements nuls. En tout état de cause, le caractère strictement impératif du maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur après une restructuration justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail paralyse l'effet des licenciements qui lui porteraient atteinte et interdit aux salariés de s'opposer au transfert de leur contrat dès lors que le transfert n'implique pas d'autre modification que le changement d'employeur.

¹ V. en ce sens, J. MOULY, art. préc.

² P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *opus* préc., p. 338.

2 - L'absence critiquable de droit d'opposition au transfert accordé au salarié.

Si juges nationaux et européens s'accordent sur la stricte impérativité à l'égard des employeurs successifs du transfert des contrats de travail résultant de l'application de la directive du 23 mars 2001 et de l'article L. 1224-1 du Code du travail, leur appréhension diffère en revanche sur le caractère obligatoire du transfert l'égard des salariés. En effet, respectueuse des droits fondamentaux du salarié et notamment de celui de choisir librement son employeur, la CJUE accorde au salarié le droit de s'opposer au transfert de son contrat. Reconnaître un droit d'opposition au salarié implique la paralysie de l'effet translatif de la directive. Le salarié refusant de passer au service du cessionnaire, aucune relation de travail ne peut se créer entre eux. Reste alors à déterminer le sort du contrat conclu avec le cédant, qui selon la CJUE peut être rompu à l'initiative du cédant ou du salarié ou peut éventuellement continuer à être exécuté. Toutefois, la reconnaissance au profit du salarié d'un droit d'opposition au transfert de son contrat n'implique aucunement le maintien de son contrat avec le cédant, maintien qui présente d'ailleurs des inconvénients. Si le droit européen reconnaît au salarié la faculté de s'opposer à la cession de son contrat au bénéfice du repreneur (a), le droit français la lui dénie. En effet, dès lors que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies, la Cour de cassation impose au salarié le transfert de son contrat. S'il peut démissionner de l'entreprise cessionnaire, il est contraint de passer à son service ce qui non seulement est contraire au droit européen mais porte également atteinte à son droit fondamental de choisir librement son employeur. Il est donc indispensable que le droit français reconnaisse au salarié le droit de s'opposer au transfert de son contrat, paralysant ainsi l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail. La mise en conformité du droit français au droit européen impose non seulement la reconnaissance au profit du salarié d'un droit d'opposition à la cession de son contrat, mais également la mise en place d'une information relative au transfert et à ses conséquences (b).

a - La reconnaissance d'un droit d'opposition au niveau européen.

699. Droit d'opposition au transfert. Après avoir, dans un premier temps, estimé que le travailleur ne pouvait renoncer aux droits que lui confère la directive¹, la CJUE a finalement reconnu aux salariés un droit d'opposition permettant de paralyser l'effet translatif de la directive. Ainsi, amenée à se prononcer sur la conformité à la directive du droit d'opposition au transfert de son contrat conféré aux salariés en Allemagne, elle a affirmé que la directive « *ne saurait être interprétée comme obligeant le travailleur à poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire. Une telle obligation mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur et ne peut pas être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi* »². Retenir une autre interprétation de la directive eût, en effet, été contraire à la prohibition du travail forcé et à la liberté professionnelle et ses corollaires, parmi lesquels le libre choix de son employeur, droits fondamentaux qui participent à la protection de la dignité de la personne humaine et sont consacrés par de nombreux textes supranationaux³. La CJUE considère donc avec raison que la directive « *ne fait pas obstacle à ce qu'un travailleur employé par le cédant à la date du transfert d'entreprise s'oppose au transfert au cessionnaire de son contrat de travail* »⁴. Dans ce cas, l'effet translatif de la directive est paralysé, le contrat de travail n'est pas transféré au cessionnaire. Restent alors à déterminer les effets de l'exercice par le salarié de son droit d'opposition. La CJUE considère à ce propos que « *dans l'hypothèse où le travailleur décide librement de ne pas poursuivre le contrat ou la relation de travail avec le cessionnaire (...), les Etats membres peuvent, en particulier, prévoir que, dans ce cas, le contrat ou la relation de travail doit être considéré comme rompu soit à l'initiative du salarié, soit l'initiative de l'employeur. Ils peuvent aussi prévoir que le contrat ou la relation de*

¹ En effet, la CJUE en 1988 affirme qu'« un travailleur ne peut renoncer aux droits que lui confèrent les dispositions impératives de la directive du 14 février 1977, même si les inconvénients qui résultent pour lui de cette renonciation sont compensés par des avantages tels qu'il n'est pas placé globalement dans une situation moins favorable », CJCE, 10 fév. 1988, aff. C-324/86, préc.

² CJCE, 16 déc. 1992, aff. C-132, 138 et 139/91, *Katsikas*, Rec. CJCE 1992, I, p. 6577 ; V. également CJCE, 11 juil. 1985, aff. C-105/84, *Danmols inventar*, Rec. CJCE 1985, I, p. 2639,

³ L'article 23§1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme dispose que « Toute personne a droit (...) au libre choix de son travail » ; la déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux du travail énonce en son article 2-b que les Etats membres doivent œuvrer à « l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire » ; l'article 5§2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prohibe le « travail forcé ou obligatoire » et son article 15§1 affirme que « Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée ».

⁴ CJCE, 16 déc. 1992, aff. C-132, 138 et 139/91, *Katsikas*, préc.

travail est maintenue avec le cédant »¹. La CJUE n'impose donc pas le maintien de contrat avec le cédant en cas d'exercice par le salarié de son droit d'opposition à l'instar du droit allemand, maintien qui est potentiellement source d'inconvénients.

700. Inconvénients de l'éventuel maintien du contrat avec le cédant. S'il est indispensable que la Cour de cassation reconnaisse au salarié un véritable droit d'opposition au transfert de son contrat de travail excluant la naissance d'un quelconque lien contractuel avec le cessionnaire, le respect du droit européen et des droits fondamentaux du salarié n'impose en revanche aucunement que le cédant soit tenu de maintenir le salarié à son service à l'inverse de ce qu'affirme une partie de la doctrine française². En effet, imposer la poursuite du contrat avec le cédant n'est aucunement nécessaire pour préserver le droit fondamental du salarié de choisir librement son employeur. À ce titre comme le souligne Patrick REMY, « une chose est, (...), de permettre au salarié *d'écarter* la règle du transfert au nom de ses droits fondamentaux, une autre est de renouer avec sa *volonté* en lui donnant le choix de rester chez son employeur »³. Par ailleurs, l'étude du droit allemand qui prévoit le maintien du contrat de travail avec le cédant en cas d'opposition du salarié au transfert de son contrat permet de s'interroger sur l'opportunité de la consécration d'une telle option au profit du salarié⁴.

Si le droit allemand permet au salarié de rester au service du cédant, dès lors que son maintien dans l'entreprise s'avère impossible, le cédant est en droit de le licencier. Le salarié qui s'est opposé à son transfert n'est donc pas assuré de conserver un emploi chez le cédant, le sien ayant été transféré. Ainsi, suite au refus du salarié de passer au service du cessionnaire, le cédant peut envisager de le licencier pour motif économique après avoir tout mis en œuvre pour tenter de le reclasser, le licenciement économique étant l'« *ultima ratio* » outre-Rhin. En droit allemand comme en droit français, le licenciement pour motif économique a avant tout pour objet de supprimer des postes⁵, sans préjuger des salariés qui, au bout du compte, perdront leur emploi. L'employeur doit donc respecter la procédure de « sélection sociale »,

¹ CJCE, 16 déc. 1992, préc., pts. 31 à 36.

² En ce sens, A. SUPIOT, art. préc. ; P. RODIERE, « Pour un droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat », in « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? », controverse, RDT 2007, p. 219 ; V. IONESCU, « Le droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat de travail : mythe ou réalité ? », Dr. soc. 2002, p. 507.

³ P. REMY, « Quelle signification donner au droit d'opposition de salarié au transfert de son contrat de travail ? », Dr. soc. 2004, p. 155.

⁴ P. REMY, art. préc. ; P. REMY, « Transfert du contrat : l'exercice du droit d'opposition en droit allemand », SSL 2006, n° 1259, p. 6.

⁵ En ce sens, P. REMY, art. préc.

correspondant peu ou prou à la mise en œuvre de l'ordre des licenciements en droit français. En cas de licenciement consécutif au refus d'un salarié de passer au service du cessionnaire, l'application de cette procédure est au cœur du débat qui a lieu en Allemagne autour du droit d'opposition¹. En effet, cette procédure repose sur la mise en œuvre de critères, sociaux notamment, permettant de déterminer quels salariés seront licenciés. Il est donc possible que l'application de ces critères aboutisse à licencier, non pas le salarié opposant, mais un autre, totalement étranger au transfert, relevant de la même catégorie professionnelle. L'iniquité de cette solution suscite une vive controverse en Allemagne². Certains auteurs suggèrent de ne recourir aux critères de « sélection sociale » qu'en cas d'opposition justifiée. La Cour fédérale du travail allemande considère pour sa part que les critères de « sélection sociale » doivent s'appliquer, en cas de transfert partiel, quand bien même le salarié aurait exercé son droit d'opposition de manière manifestement injustifiée³. Cette position est difficilement contestable puisque le contrôle des motifs de l'opposition est en effet difficilement compatible avec le respect des droits fondamentaux du salarié. Si le droit allemand offre donc aux salariés la possibilité de refuser le transfert et de rester au service du cédant, lorsque la poursuite du contrat de travail avec ce dernier est impossible un licenciement pour motif économique est envisageable. Dans la mesure où la philosophie innervant le droit allemand du licenciement pour motif économique est davantage orientée sur le maintien de l'emploi que sur l'octroi d'indemnités, un tel licenciement sera non seulement justifié mais privera également le salarié opposant de toute indemnisation⁴. En conséquence, les salariés allemands exercent relativement rarement leur droit d'opposition au transfert de leur contrat craignant d'être licenciés sans indemnité, voire de subir un délai de carence avant de bénéficier des allocations chômage⁵.

L'étude du droit allemand amène à douter fortement du bénéfice que pourraient retirer les salariés français de l'attribution d'un droit d'opposition assorti du maintien du contrat de travail avec le cédant. En effet, en cas de transfert total d'entreprise le cédant n'a, par

¹ H. INGELFINGER, *ZfA*, 1996, p. 591 ; W. LIPINSKI, *DB* 2002, p. 1214 ; U. FISHER, *AuR* 8/2002, p. 291.

² H. INGELFINGER, *ZfA*, 1996, p. 591 ; W. LIPINSKI, *DB* 2002, p. 1214 ; U. FISHER, *AuR* 8/2002, p. 291.

³ BAG, 18 mars 1999, SAE 7/2000, p. 286, note B. SCHIEFER ; BAG 24 fév. 2000, SAE4/2001, note H. REICHOLD.

⁴ Sur le droit du licenciement économique en Allemagne V. P. REMY, art. préc. ; B. WAAS, « Le licenciement et le transfert d'entreprise », in « La rupture du contrat de travail en droits français et allemand », sous la direction de C. MARRAUD, F. KESSLER et F. GÉA, PUF Strasbourg, 2000, p. 417 ; U. HONENADEL et M. PROFANTER, in « La rupture du contrat de travail en droits français et allemand », op. préc., p. 317.

⁵ En ce sens, P. REMY, art. préc. En outre, il convient d'indiquer qu'en Allemagne, il est possible de prévoir dans le plan social que les salariés qui refusent un emploi de reclassement *acceptable* seront exclus du bénéfice du plan (§112 al.5, BetrVG). Or, lorsqu'un salarié s'oppose au transfert de son contrat il est placé dans la même situation qu'un salarié qui a refusé un emploi *acceptable* et dès lors peut être privé du bénéfice des différentes mesures du plan social.

hypothèse, aucun poste à offrir au salarié opposant, sauf à envisager un reclassement au niveau du groupe. Quant à l'hypothèse du transfert partiel, si un reclassement du salarié semble davantage envisageable, rien ne le garantit. Si elle était assortie du maintien du contrat avec le cédant, l'opposition du salarié au transfert de son contrat entraînerait donc le plus souvent le prononcé d'un licenciement pour motif économique impliquant la mise en œuvre de l'ordre des licenciements, dont les effets peuvent être aussi pervers que ceux de la « sélection sociale » allemande aboutissant à licencier des salariés étrangers au transfert...

De surcroît, lorsque le cédant ne peut conserver à son service le salarié ayant refusé le transfert de son contrat, il apparaît relativement inique que l'employeur soit tenu de lui verser des indemnités de licenciement et de préavis dans la mesure où c'est la loi qui prévoit le transfert des contrats en cas de restructuration justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail et où si le salarié avait accepté ce transfert son contrat aurait été poursuivi exactement dans les mêmes conditions par le cessionnaire. En outre, la reconnaissance au salarié d'un droit d'opposition au transfert de son contrat a pour but de préserver les droits fondamentaux qui sont la liberté professionnelle et celle de choisir librement son employeur, corollaire de la prohibition du travail forcé dont l'une des finalités est de protéger la dignité de la personne humaine. À ce titre, « affirmer que le maintien du contrat de travail avec le cédant s'impose au titre d'une conception de droits fondamentaux (...) particulièrement exigeante, signifie que ce maintien a moins pour objet de permettre au salarié d'avoir des indemnités que de lui permettre de conserver, autant que faire se peut, son emploi, voire un autre emploi chez le cédant »¹. À ce propos, la Cour constitutionnelle hongroise considère que si l'article 70/B de la Constitution inclut le droit du salarié de ne pas être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi², le droit aux différentes indemnités allouées en cas de licenciement ne constitue en rien un droit fondamental³. Il s'en déduit dès lors selon elle que le fait que le refus du transfert par le salarié entraîne la rupture du contrat sans indemnité est conforme à la Constitution hongroise⁴.

Pour mémoire, lorsque le législateur de 1928 institua la poursuite des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, il avait pour objectif premier d'assurer aux salariés une certaine stabilité de leurs emplois en dépit de la restructuration. Au regard des inconvénients

¹ P. REMY, art. préc.

² Cet article dispose qu'« En République de Hongrie, chacun a le droit à l'emploi, de choisir librement son emploi et sa profession », art. 70/B de la Constitution hongroise cité par C. MARZO et F. LECOMTE, « Le refus d'être transféré : droit comparé », Dr. soc. 2010, p. 698.

³ Cour constitutionnelle hongroise, *Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága*, 500/B/1994. Il convient d'indiquer qu'en Hongrie le droit d'opposition du salarié se résume à la possibilité qui lui est offerte de démissionner.

⁴ Cour constitutionnelle hongroise, *Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága*, 500/B/1994.

que recèle le droit d'opposition assorti du maintien du contrat avec le cédant, nous ne sommes pas partisans de sa consécration. Il est à ce titre intéressant de souligner que le droit d'opposition avec maintien chez le cédant est une création jurisprudentielle en Allemagne, création qui n'a été que partiellement consacrée par le législateur. En effet, si, en 2002, ce dernier a repris la solution de la Cour fédérale du travail s'agissant du droit pour le salarié de s'opposer au transfert, la loi n'évoque pas le maintien du contrat de travail avec le cédant... Faut-il y voir une méfiance du législateur allemand à l'égard des inconvénients qui en découlent ?

En tout état de cause, il apparaît essentiel de préserver les droits fondamentaux des salariés, parmi lesquels celui de choisir librement son employeur, ce qui implique que le droit français reconnaisse au salarié le droit de s'opposer au transfert de son contrat, paralysant ainsi les effets de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Pour autant, la consécration d'un droit d'opposition du salarié assorti du droit au maintien de son contrat de travail avec le cédant n'est aucunement nécessaire et recèle de nombreux inconvénients. Alors que la reconnaissance d'un véritable droit d'opposition impose « simplement » que la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence, consacrer le droit au maintien du contrat avec le cédant exigerait pour sa part une intervention du législateur qui ne semble guère d'actualité. En effet, le législateur n'a pas saisi l'occasion des lois de 2005 et de 2009, comportant pourtant des dispositions relatives aux effets des transferts d'entreprise¹, pour reconnaître aux salariés français un droit d'opposition au transfert de leur contrat assorti de son maintien avec le cédant. Une telle réforme, inopportune à notre sens, susciterait à n'en pas douter un tollé - somme toute légitime - dans les milieux patronaux ainsi que dans les milieux économistes qui verraient dans une telle mesure une atteinte à l'attractivité économique de notre pays.

Si consacrer un droit d'opposition avec maintien chez le cédant ne semble guère opportun, il est en revanche indispensable que les droits fondamentaux du salarié soient préservés et qu'il puisse véritablement s'opposer au transfert de son contrat ce qui implique non seulement la paralysie totale des effets de l'article L. 1224-1 du Code du travail, mais également l'instauration d'un droit à l'information sur le transfert et ses conséquences tel que prévu par la directive qui n'a toujours pas été transposé en droit français.

¹ Lois n° 2005-843 du 26 juillet 2005 et n° 2009-972 du 3 août 2009, préc.

b - L'indispensable mise en conformité du droit français au droit européen.

701. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, les dispositions de l'article L. 1224-1 étant « d'ordre public absolu »¹, l'effet translatif de plein droit de cet article s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés qui ne sauraient s'opposer au transfert de leur contrat de travail, sauf à pouvoir invoquer le bénéfice d'une clause de conscience, réservé seulement à certains salariés. Lorsque les conditions d'application de ce texte sont réunies, elle impose donc au salarié de passer au service du nouvel employeur auprès duquel il sera considéré comme démissionnaire s'il refuse de travailler pour lui, ce qui est contraire au droit européen. Il est à ce titre impératif que la Cour de cassation revienne sur cette position en contradiction avec le droit européen et le respect des droits fondamentaux du salarié, qui impliquent de surcroît que soit délivrée au salarié une information relative au transfert et à ses effets mais également aux conséquences du refus de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, pour que le salarié puisse librement décider de s'opposer ou non à la cession de son contrat.

702. *De lege lata, transfert impératif du contrat au repreneur.* Dès lors qu'est caractérisé le transfert d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue et l'activité poursuivie ou reprise, le transfert des contrats au profit du nouvel employeur s'opère sans que le salarié puisse s'y opposer. La Cour de cassation a ainsi affirmé, à plusieurs reprises, qu'en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail « *c'est le même contrat de travail qui se poursuit de plein droit avec le nouvel employeur auquel sont transmis tous les droits et obligations de l'ancien employeur, peu important le refus du transfert par le salarié* »². L'effet translatif de L. 1224-1 s'impose tant aux employeurs successifs qu'au salarié qui « *n'est pas en droit d'exiger la poursuite de son contrat de travail avec le cédant ni d'obliger celui-ci à le licencier* »³. La négation de tout droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail implique que l'effet impératif et automatique de L. 1224-1 s'exerce à son encontre en dépit d'une volonté contraire de sa part, étant précisé que le législateur a prévu une exception à ce principe : la clause de conscience. Réservée aux

¹ En ce sens, P. BAILLY, rapp. sous l'arrêt *Voisin*, préc., p. 476.

² Cass. soc., 27 juin 2002, Bull. civ. V, n° 221 ; RJS 11/02, n° 1257 ; en ce sens déjà, Cass. soc., 2 nov. 1956, Bull. civ. IV, n° 598 ; Cass. soc., 23 oct. 1974, Bull. civ. V, n° 493.

³ Cass. soc., 19 déc. 2007, RJS 3/08, n° 252.

journalistes, elle a servi d'inspiration à l'admission par la Cour de cassation de la validité de clauses similaires dans certains contrats de travail sous réserve du respect de conditions très strictes.

703. Clause de conscience accordée aux journalistes. Soucieux de préserver l'indépendance des journalistes susceptible d'être mise à mal par une cession du journal pour lequel ils travaillent, le législateur a prévu à l'article L. 7112-5 du Code du travail une exception au transfert automatique et de plein droit des contrats en cas de transfert justiciable de l'article L. 1224-1 dudit code. L'article L. 7112-5 du Code du travail prévoit ainsi que lorsque la rupture du contrat de travail survient à l'initiative du journaliste professionnel et qu'elle est motivée par la cession du journal ou par des changements notables dans le caractère ou l'orientation du journal, créant pour le salarié une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux, la rupture produit les mêmes effets que si l'employeur en avait pris l'initiative, à l'exception du respect du préavis dont le journaliste est dispensé.

Les journalistes professionnels peuvent donc, à la différence des autres salariés, s'opposer au transfert de leur contrat sans pour autant en supporter les conséquences, puisqu'ils ont droit aux mêmes indemnités que si leur employeur était à l'initiative de la rupture. L'article L. 7112-5 ne reprend pas l'expression « *modification dans la situation juridique de l'employeur* » de l'article L. 1224-1 du Code du travail mais évoque une « *cession du journal* ». Les champs d'application des deux textes ne se recoupent dès lors pas forcément¹. En tout état de cause, pour que la clause de conscience puisse être invoquée par le journaliste professionnel, il n'est nullement exigé que la cession du périodique implique, en elle-même, un changement d'orientation de la ligne éditoriale du journal, puisque ces deux hypothèses sont envisagées de manière nettement distincte par l'article L. 7112-5 du Code du travail. À l'inverse des autres salariés qui sont considérés comme démissionnaires s'ils

¹ Ainsi, par exemple, il a pu être jugé que la mise en location-gérance d'un journal ou d'un périodique ne constituait pas une cession au sens de l'article L. 7112-5, en ce sens Cass. soc., 29 mai 1991, Bull. civ. V, n° 279 ; D. 1991, IR 173 ; RJS 1991, n° 900 ; solution identique en cas de cessation de gérance libre, Cass. soc., 4 avr. 1960, JCP 1960, II, 11818, 2^{ème} esp. À l'inverse, les juges du fond qui relèvent qu'une société, possédant la moitié des actions d'une société de presse, en avait acquis l'autre moitié, prenant ainsi le contrôle de la société et du journal, ont décidé à bon droit que cette transmission équivalait à la « cession » du journal au sens du texte préc., Cass. soc., 21 juin 1984, Bull. civ. V, n° 266 ; Rev. sociétés 1985, p. 127, note M. JEANTIN. De même, la cession du titre d'un journal intervenue dans le cadre d'une procédure collective s'analyse en une cession de périodique au sens de l'article L. 7112-5, peu important que le cessionnaire exploitait déjà ce journal depuis plusieurs années en vertu d'un contrat de licence, Cass. soc., 26 fév. 2002, Bull. civ. V, n° 80 ; RJS 2002, n° 635.

s'opposent au transfert de leur contrat, le journaliste peut donc refuser de passer au service du repreneur en « faisant jouer la clause de conscience » sans que la rupture ne lui soit imputée¹.

704. Stricte admission jurisprudentielle d'une « clause de conscience » pour certains salariés. Si la Cour de cassation affirme avec force qu'« *il ne peut être dérogé aux effets de ce transfert par des conventions particulières, subordonnant le changement d'employeur à l'accord préalable du salarié* »², elle admet, à de strictes conditions, la validité d'une telle clause dans certains contrats de travail. Elle a ainsi énoncé à deux reprises, à propos de salariés investis de hautes responsabilités, que « *la clause contractuelle qui permet au salarié de rompre le contrat de travail, ladite rupture étant imputable à l'employeur, en cas de changement de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction, est licite dès lors qu'elle est justifiée par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise et qu'elle ne fait pas échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties.* »³. La motivation retenue par la cour ne fait pas une seule fois référence aux dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, alors même que les trois hypothèses entraînant un changement de direction visées sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de ce texte d'ordre public. Elle semble ainsi admettre la licéité d'une « clause de conscience contractuelle » en dehors des prévisions de l'article L. 7112-5 strictement réservées aux journalistes⁴. Cependant, la Cour de cassation subordonne la validité de cette clause, pourtant contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1, à la nécessité qu'elle soit justifiée par les fonctions du salarié. Seuls les salariés dont l'exercice des attributions dépend étroitement des orientations de la direction semblent susceptibles de pouvoir valablement insérer une telle « clause de

¹ Aucun délai n'est imparti aux journalistes pour mettre en œuvre la clause de conscience, seul importe le fait que la rupture soit motivée par l'une des circonstances énumérées par l'article L. 7112-5, Cass. soc., 10 mars 1998, Bull. civ. V, n° 130, dans lequel est mis en exergue le lien de causalité entre la cession du journal et la résiliation des contrats 6 mois plus tard ; Cass. soc., 30 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 314 ; Dr. soc., p. 335. Les juges du fond peuvent tout de même considérer que la demande des journalistes formée huit ans après la cession ne pouvait être motivée par cette dernière, Cass. soc., 26 fév. 2002, n° 00-40.835, inédit. En tout état de cause, si l'employeur, en sa nouvelle direction, estime lui-même, en considération de la procédure judiciaire à laquelle a donné lieu la cession, que les journalistes se trouvent, jusqu'à une certaine date, dans un délai raisonnable pour se prévaloir de la clause, il ne saurait leur opposer la tardiveté de leur demande, Cass. soc., 4 juil. 1990, n° 87-40.144, inédit. En revanche, un salarié journaliste ne saurait demander le bénéfice de la clause avant même que la cession n'ait lieu, Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 00-40.398, inédit.

² Cass. soc., 20 avr. 2005, RJS 2005, n° 712.

³ Cass. soc., 26 janvier 2011, Bull. civ. V, n° 35 ; RDT, 2011, p. 175, note J. PELISSIER ; JCP E 2011 ; 1185, obs. S. BEAL et P. KLEIN ; Cass. soc., 10 avr. 2013, n° 11-25.841, à paraître au Bulletin, G. AUZÉRO, « Validité des clauses de rupture du contrat de travail pour changement de dirigeant social », Lexbase hebdo, éd. soc. du 1er mai 2013, N° LXB N6910BT4.

⁴ En ce sens, S. BEAL et P. KLEIN, obs. préc.

conscience » dans leur contrat. Si cette solution constitue une entorse à la jurisprudence constante interdisant aux parties d'éluder l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail, il ne semble pas pour autant qu'il faille y voir un pas vers la reconnaissance d'un droit d'opposition ou d'une possible généralisation de la clause de conscience. En effet, la position adoptée par la Cour de cassation se fonde sur les circonstances particulières des espèces et notamment sur les fonctions des salariés en cause qui étaient en charge de hautes responsabilités. En outre aucun moyen des pourvois n'invoquant la violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail, on ne peut exclure que, dans le cas inverse, la solution eût, peut-être, été différente.

705. Aménagements conventionnels organisant la reprise des salariés par le cédant.

Il existe des dispositions conventionnelles prévoyant, une fois le transfert intervenu, la reprise éventuelle par le cédant des salariés ne souhaitant pas travailler pour le cessionnaire¹. La Cour de cassation valide de tels aménagements à condition, toutefois, qu'ils ne s'appliquent qu'après que l'article L. 1224-1 du Code du travail a épuisé ses effets et qu'ils ne constituent pas une fraude à l'application de ce texte. Ainsi, si les parties au transfert ne peuvent empêcher l'effet translatif automatique de L. 1224-1, elles peuvent convenir qu'une fois le salarié passé chez le cessionnaire, s'il ne souhaite pas travailler pour ce dernier, il puisse retourner au service du cédant. Ainsi, « transférés, en principe automatiquement et collectivement au cessionnaire, ils peuvent être re-transférés volontairement et individuellement au cédant »². Une fois le transfert intervenu et le salarié passé au service du repreneur, l'article L. 1224-1 a épuisé ses effets l'impérativité de ce texte n'est donc pas remise en cause. Une fois le transfert opéré en application de ce texte, le droit commun a vocation à s'appliquer de nouveau et rien ne saurait interdire une cession du contrat de travail du repreneur vers le cédant, sous réserve d'une part de l'accord exprès du cédé, en l'occurrence du salarié, et d'autre part de la fraude. Ainsi, l'impérativité de l'article L. 1224-1 n'est pas remise en cause.

706. Effets du refus du transfert en l'absence de droit d'opposition reconnu par la Cour de cassation. En présence d'une restructuration justiciable de l'article L. 1224-1 du

¹ Sur cette question, V. M. PATIN, « Transfert d'entreprise : l'aménagement conventionnel de la reprise des salariés », JCP S 2011, 1292.

² M. PATIN, art. préc. Il convient d'indiquer que dans une telle hypothèse le cédant ne saurait imposer une période d'essai au salarié même avec l'accord exprès de ce dernier ; Cass. soc., 26 mai 1998, Bull. civ. V, n° 275.

Code du travail, la Cour de cassation décide que le transfert du contrat de travail s'impose au salarié en dépit de sa volonté contraire. S'il refuse de travailler pour le nouvel employeur, il est considéré comme démissionnaire de l'entreprise cessionnaire¹, ce qui est contraire au droit européen et au droit fondamental de tout salarié de choisir librement son employeur, en dépit de ce qu'affirment certains magistrats de la Cour de cassation². En effet, si la CJUE laisse aux Etats membres le soin de déterminer les conséquences de l'exercice par le salarié de son droit d'opposition, la démission de l'entreprise cessionnaire ne fait pas partie des options envisagées par la cour. Elle affirme que « *la protection que la directive vise à assurer est (...) dépourvue d'objet lorsque l'intéressé lui-même, à la suite d'une décision prise par lui librement, ne poursuit pas après le transfert, avec le nouveau chef d'entreprise, la relation de travail (...). Dans une telle hypothèse, il convient de considérer que l'article 3§1 de la directive ne s'applique pas* »³. Ainsi, lorsqu'au nom de ses droits fondamentaux, le salarié décide librement de s'opposer au transfert de son contrat, l'effet translatif de la directive ne joue pas ; aucune relation ne se tisse entre salarié et cessionnaire. À l'inverse, la Cour de cassation décide que l'article L. 1224-1 du Code du travail produit effet malgré l'opposition du salarié au transfert de son contrat, il est tenu de passer au service du repreneur, -quitte à démissionner immédiatement-, ce qui l'oblige à avoir une relation contractuelle aussi courte soit-elle avec un employeur qu'il n'a pas choisi. Comme l'écrit Alain SUPIOT « n'est pas libre de choisir son employeur celui qui devient de plein droit salarié du cessionnaire, alors même qu'il a expressément refusé le transfert de son contrat de travail »⁴. Il est donc impératif que la Cour de cassation revienne sur cette position attentatoire aux droits fondamentaux des salariés et décide que le refus libre et éclairé du salarié au transfert de son contrat de travail paralyse l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, paralysie dont il convient de déterminer les conséquences.

¹ Cass. soc., 10 oct. 2006, Bull. civ. V, n° 295 ; LPA, 23 mai 2007, n° 103, p. 19, note A. MAZIERES ; RDC 2007, p. 397, comm. C. RADÉ ; J. MOULY, "Une nouvelle rupture du contrat de travail produisant les effets d'une démission : le refus du salarié de passer au service du repreneur", D. 2007, p. 472 ; C. RADÉ, « Le refus du salarié de voir son contrat transféré », Lexbase Hebdo, n° 233, éd. soc., NLXB : N4275ALW.

² P. BAILLY, rapp. sous *Voisin*, préc. ; « Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail », Dr. soc. 2004, p. 366 ; « A propos de deux applications controversées de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, RJS 2007, p. 115 ; Y. CHAGNY, « Voyage autour de l'entité économique », in « Les lieux du travail », 20 oct. 2003, n° 1140, p. 51 ; « La sagesse de la Cour de cassation », in « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? », controverse, RDT 2007, p. 216 ; P. WAQUET, Gaz. Pal. 22, 23 nov. 2000, p. 17 ; note sous Cass. soc., 4 avr. 2006, RDT 2006, p. 174.

³ CJCE, 11 juil. 1985 et 16 déc. 1992 préc.

⁴ A. SUPIOT, « Les salariés ne sont pas à vendre », Dr. soc. 2006, p. 264.

707. Rupture sui generis à l'initiative du salarié à la suite de l'opposition au transfert de son contrat ? Dans la mesure où l'article L. 1224-1 ne devrait pas s'appliquer lorsque le salarié s'oppose au transfert de son contrat, aucune substitution d'employeurs ne devrait avoir lieu, le salarié restant ainsi lié contractuellement avec le cédant. Si la poursuite de l'exécution du contrat auprès du cédant est une option envisagée par la CJUE, elle ne nous paraît pas pertinente eu égard aux inconvénients qu'elle peut induire. En effet, elle risque le plus souvent de contraindre le cédant qui n'a pas de poste à proposer au salarié dont l'emploi a été transféré avec l'entité économique autonome, à le licencier. Or, le refus du salarié étant un droit, le licenciement ne saurait être fondé sur un motif disciplinaire. Dans la mesure où le refus de « subir » les effets de la restructuration décidée par l'employeur n'est pas inhérent à la personne du salarié, l'employeur devrait donc prononcer un licenciement pour motif économique ce qui est source de difficultés.

De surcroît, cela imposerait au cédant de verser au salarié des indemnités de rupture alors même qu'il n'est pas à l'origine de la rupture : il a simplement décidé au nom de sa liberté d'entreprendre de mettre en œuvre une restructuration et ne fait que respecter la loi qui l'oblige à transférer le contrat du salarié au nouvel employeur, transfert auquel s'oppose le salarié... À ce titre, si, du fait de l'opposition du salarié au transfert de son contrat le cédant le licencie, la Cour de cassation estime que le salarié ne saurait prétendre à des indemnités de rupture ou à des dommages et intérêts¹. Si certains militent pour que la rupture du contrat soit imputée à l'employeur afin que le salarié puisse bénéficier d'indemnités en estimant que la cause de la rupture résulte d'une atteinte aux droits fondamentaux du salarié², nous ne partageons pas leur opinion. L'employeur ne porte aucunement atteinte aux droits fondamentaux du salarié, il ne fait qu'appliquer la loi qui lui impose de transférer les contrats de travail en cas de cession justiciable de l'article L. 1224-1. En outre, dès lors que le salarié peut effectivement s'opposer au transfert, ses droits fondamentaux sont préservés. Dans la mesure où l'article 4§2 de la directive prévoit qu'en cas de transfert impliquant une modification la résiliation du contrat est considérée comme intervenue du fait de l'employeur,

¹ Elle a en effet affirmé dans l'arrêt Auchan que « le changement d'employeur résultant de plein droit du transfert d'une entité économique autonome s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés concernés ; qu'il en résulte que le licenciement prononcé par le cédant est privé d'effet et que le salarié licencié en raison de son refus de changer d'employeur ne peut prétendre au paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts » ; Cass. soc., 14 déc. 2004, *Auchan*, Bull. civ. V, n° 331 ; Dr. soc. 2005, p. 229, obs. A. MAZEAUD. Par ailleurs, après avoir rappelé le caractère strictement impératif de l'effet translatif de L. 1224-1, elle énonce dans un arrêt inédit « qu'il en résulte que le licenciement prononcé par le cédant est privé d'effet dès lors qu'il n'est pas fondé sur le refus injustifié du salarié de changer d'employeur » ; Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.405.

² P. RODIERE, art. préc.

cela signifie *a contrario* qu'en l'absence d'une telle modification la rupture peut être imputée au salarié, ce qui est d'ailleurs confirmé par la CJUE. En appeler aux droits fondamentaux pour que le salarié bénéficie d'une indemnisation est spécieux et détourne la directive de son but premier qui est d'assurer la stabilité de l'emploi des salariés. « Si l'argent est l'un des éléments essentiels de la dignité du salarié, force est en effet d'admettre que la directive (...) place cette dignité - à tort ou à raison - plutôt du côté du maintien de l'emploi »¹.

À ce titre, pour que les droits fondamentaux du salariés soient respectés il convient simplement d'accorder à ce dernier le droit de s'opposer au transfert de son contrat, l'article L. 1224-1 du Code du travail ne s'applique alors pas et le contrat qui le liait au cédant est rompu de plein droit à son initiative. Cette rupture serait alors une rupture *sui generis*, elle ne pourrait être qualifiée de démission. D'ailleurs, la Cour de cassation elle-même refuse de qualifier la rupture du contrat consécutive à l'opposition du salarié au transfert de son contrat de « démission », elle se contente d'énoncer que cette rupture en produit les effets². Non seulement la démission implique une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat³, mais de surcroît comme le rappelle un auteur « il n'y a démission que si la volonté de mettre fin au contrat résulte de convenances personnelles que le salarié n'a d'ailleurs pas à faire connaître à l'employeur »⁴, ce qui n'est pas le cas lorsque le salarié s'oppose au transfert de son contrat⁵.

Pour que les droits fondamentaux du salarié soient respectés, il conviendrait que l'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail paralyse l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail et le contrat qui le liait au cédant serait alors rompu de plein droit sans que l'employeur n'ait à verser d'indemnités de rupture, celle-ci étant imputable au salarié qui pourrait prétendre au bénéfice immédiat d'allocations chômage la rupture du contrat étant dans une certaine mesure involontaire⁶. Si pour respecter les droits fondamentaux du salarié et respecter la jurisprudence de la CJUE, « il suffirait » que la Cour de cassation revienne sur le caractère d'ordre public absolu de l'article L. 1224-1 du Code du travail en décidant que le refus du salarié de passer au service du repreneur fait obstacle à son application et qu'il entraîne alors la rupture du contrat le liant au cédant, une intervention du

¹ P. REMY, art. préc.

² Cass. soc., 10 oct. 2006, Bull. civ. V, n° 295, préc.

³ Cass. soc., 4 avr. 1991, n° 89-41.669 ; Cass. soc., 28 sept. 1983, n° 81-40.966.

⁴ J. PELISSIER, « La remise en cause des démissions », RJS 7/07, p. 591.

⁵ En ce sens les obs. de C. RADÉ dans Lexbase Hebdo édition sociale n° 233 du 26 octobre 2006.

⁶ À l'instar de ce que prévoit la circulaire du 19 nov. 2009 en cas de refus par le salarié d'une entreprise privée transférée vers un service public à caractère administratif.

législateur est souhaitable. En effet, eu égard aux impératifs de lisibilité du droit et de sécurité juridique, ainsi qu'aux enjeux en présence, il apparaît nécessaire que le législateur français intervienne sur cette question afin de définir un régime juridique clair de l'opposition du salarié au transfert de son contrat. Il pourrait ainsi introduire un second alinéa à l'article L. 1224-1 du Code du travail disposant que « Lorsque le salarié s'oppose librement au transfert de son contrat, l'alinéa précédent ne s'applique pas. Son contrat est alors rompu de plein droit et ouvre au droit au bénéfice des allocations de l'assurance chômage selon les conditions de droit commun ». L'intervention du législateur pour reconnaître un droit d'opposition au salarié et en définir les conséquences pourrait être l'occasion de mettre enfin le droit français en conformité avec le droit européen en transposant l'article 7§6 de la directive relatif à l'information des salariés en cas de transfert en l'absence de représentants du personnel, article qui aurait du être transposé depuis le 17 juillet 2001¹.

708. Mise en place indispensable d'une information des salariés. Le respect des droits fondamentaux du salarié implique que la reconnaissance d'un droit d'opposition au transfert de son contrat soit assortie d'une information relative au transfert et à ses conséquences, information exigée par le droit européen seulement en l'absence de représentants du personnel. Toutefois, cette obligation d'information, qui n'a toujours pas été transposée en droit français, n'est pas suffisante à notre sens pour garantir le respect des droits fondamentaux du salarié : non seulement elle n'intervient qu'en l'absence de représentants du personnel, mais de surcroît il n'existe aucune obligation de délivrer au salarié une information relative aux conséquences du refus du transfert. À ce titre pour que le refus du transfert résulte « *d'une décision prise par lui librement* »², il apparaît indispensable que le salarié soit au préalable informé non seulement sur la cession et ses conséquences mais également sur la faculté de s'opposer au transfert de son contrat et sur les effets de cette opposition.

Cependant, la Cour de cassation a toujours dénié au salarié un droit individuel à la délivrance d'informations relatives à la restructuration et à ses conséquences, avant comme après l'adoption de la directive imposant cette information. Cette position ne saurait surprendre dans la mesure où elle s'inscrit dans la logique de la Cour se selon laquelle l'effet translatif de l'article L. 1224-1 est automatique et strictement impératif. Le transfert du contrat s'effectuant de plein droit, l'employeur ne saurait être tenu d'informer les salariés dont

¹ En effet, cette obligation était prévue dans la directive n° 98/50/CE, du 29 juin 1998 préc., que la directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001 préc., ne fait que codifier.

² CJCE, 11 juil. 1985 et 16 déc. 1992 préc.

le contrat sera, en tout état de cause, transmis au nouvel employeur¹. Cette position n'en est pas moins est contraire au droit européen.

En effet, l'article 7 de la directive du 12 mars 2001 porte sur l'obligation d'information/consultation des représentants des travailleurs sur la restructuration impliquant le transfert des contrats de travail. En l'absence de représentants du personnel, l'article 7§6 de la directive impose aux Etats membres d'instaurer à destination des salariés une information relative à la date du transfert, à son motif, à ses conséquences juridiques, économiques et sociales mais aussi aux mesures envisagées à leur égard². Or, cette disposition n'a toujours pas été transposée en droit interne, alors même qu'elle devrait l'être depuis plus de treize ans³. Les salariés français ne sont donc destinataires d'aucune information relative au transfert. Ayant invité le législateur dans tous ses rapports annuels depuis 2009 à mettre le droit interne en conformité avec les exigences communautaires en transposant cette obligation⁴, la Cour de cassation se refuse à franchir elle-même ce pas, estimant très justement qu'il ne lui appartient pas de créer à l'égard du cédant une obligation d'information individuelle préalable au transfert. L'absence d'effet direct horizontal des directives, allié à la carence du législateur français, contraignent la Cour de cassation à refuser aux salariés, en dépit de la primauté du droit européen, un droit à l'information préalable au transfert en l'absence de représentants du personnel. Ainsi, censure-t-elle les juges du fond qui condamnent l'employeur à verser des dommages et intérêts à ses salariés pour défaut d'information préalable au transfert en se fondant sur L. 1224-1 interprété à la lumière de la directive⁵. Une disposition d'une directive non transposée créant des droits ou imposant des obligations aux particuliers, y compris si elle est claire, précise et inconditionnelle, ne peut être invoquée en justice et appliquée

¹ Cass. soc., 16 janv. 1974, Bull. civ. V, n° 41 ; Dr. soc. 1974, p. 475, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 14 déc. 1999, Bull. civ. V, n° 484 ; Cass. soc., 23 oct. 1968, D. 1969, jurispr. p. 166 ; JCP G 1969, II, 15755 bis, note A. A.

² Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc., art. 7§6.

³ En effet, cette obligation était prévue dans la directive n° 98/50/CE, du 29 juin 1998 préc., que la directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001 préc., ne fait que codifier.

⁴ Cour de cassation rapports annuels 2009, 2010, 2011, 2012 et 2013.

⁵ Conscients de l'absence d'effet direct de l'article 7§6 de la directive certains juges du fond ont tenté d'imposer une obligation d'information préalable au transfert en l'absence de représentants du personnel en usant du palliatif de l'absence de transposition que constitue le principe de l'interprétation conforme. Ce principe, dégagé par la Cour de Luxembourg dans l'arrêt *Von Colson et Kamann* (CJCE, 10 avr. 1984, aff. C-14/83, *Von Colson et Kamann*, pt 26, Rec. CJCE, p. 1891.), constitue en quelque sorte « une obligation générale pour les juges d'interpréter les normes nationales conformément au contenu des directives communautaires, quitte à bousculer le sens des normes internes si elles dévient du droit communautaire » (en ce sens J.-P. LHERNOULD, « De l'application des directives communautaires au contentieux du travail », RJS 2010, p. 91. Cependant, « l'obligation pour le juge national de se référer au contenu de type lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son droit national trouve ses limites lorsqu'une telle interprétation conduit à opposer à un particulier une obligation prévue par une directive non transposée » (CJCE, 26 sept. 1996, aff. C-168/95, *Arcaro*, Rec. CJCE, I, p. 4705.).

directement dans un litige entre particuliers¹. La Cour de cassation affirme ainsi que « *faute d'avoir été transposée en droit interne, l'obligation d'information prévue par l'article 7 § 6 de la directive 2001/ 23/ CE du 12 mars 2001 ne [peut] être mise à la charge de l'employeur* »². Si cette solution a fait l'objet de critiques³, il n'en demeure pas moins que la carence blâmable du législateur ne laisse guère d'autre choix à la Cour de cassation. Il serait en effet non seulement infondé juridiquement mais de surcroît particulièrement inique de condamner un employeur à verser des dommages et intérêts pour le non-respect d'une obligation qui n'existe pas en droit interne, faute d'avoir été transposée. Si cette position est difficilement contestable, nombre d'auteurs ont pu souligner qu'elle a un caractère « rétrograde » au regard non seulement de la tendance actuelle au développement des obligations d'information, mais aussi des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat « plutôt favorables à l'applicabilité directe et horizontale (entre particuliers) des directives communautaires, particulièrement en droit social »⁴.

En tout état de cause, si la Direction des affaires civiles et du sceau est favorable à la suggestion de la Cour de cassation de créer, à la charge de l'employeur envisageant de céder tout ou partie de son entreprise, une obligation d'informer les salariés notamment sur les conséquences du transfert sur leur situation, pour l'instant aucun projet de loi en ce sens n'a été déposé devant le Parlement. Certes, la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire crée une obligation d'information des salariés préalable à certains projets de cession mais celle-ci ne constitue aucunement pas une transposition de l'article 7 § 6 de la directive du 12 mars 2001⁵. En effet, non seulement l'obligation d'information des salariés ne concerne que certaines cessions dans les entreprises de moins de deux-cent-cinquante salariés, mais surtout parce que cette information des salariés avant la cession poursuit une autre finalité que celle prévue par la directive du 12 mars 2001. En effet, est seule instaurée l'information des salariés à propos d'une cession d'un fonds de commerce ou d'une participation représentant plus de 50 % des parts sociales d'une société à

¹ CJCE, 26 fév. 1986, aff. C-152/84, *Marshall*, Rec. CJCE, p. 723 ; CJCE, 14 juil. 1994, aff. C- 91/92, *Faccini Dori*, Rec. CJCE, I, p. 3325 ; CJCE, 13 juil. 2000, aff. C-465/98, *Centrosteeel SRL*, Rec. CJCE, I, p. 6007.

² Cass. soc., 17 déc. 2003, n° 12-13.503, à paraître au bulletin ; JCP S 2014, 1151, obs. P. MORVAN ; JCP E 2014, 1294, obs. P. MORVAN ; Cass. soc., 18 nov. 2009, Dr. soc. 2010, p. 245, obs. A. MAZEAUD ; JCP S 2010, 1047, note P. MORVAN ; Dr. ouv. 2010, p. 110, note N. MOIZARD ; D. BAUGARD, « L'obligation d'information liée au transfert d'entreprise – quand une directive non transposée s'en mêle », SSL 2010, n° 1430, p. 12 ; RJS 2010, p. 91, chron. J.-P. LHERNOULD ; D. 2010, 1266, note P. REMY et H. TISSANDIER.

³ V. obs., notes et comm. préc.

⁴ P. MORVAN, note ss. Cass. soc. 17 déc. 2013 ; en ce sens également P. REMY et H. TISSANDIER, J.-P. LHERNOULD, P. MORVAN, notes préc.

⁵ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JO du 1^{er} août 2014, p. 12666.

responsabilité limitée ou des actions ou valeurs mobilières donnant accès à la majorité du capital d'une société par actions afin qu'ils puissent présenter une offre de rachat¹, alors que l'information prescrite par la directive poursuit un tout autre but : elle vise à éclairer les travailleurs sur la date d'un transfert dont le principe est déjà acquis et sur les conséquences qu'il est susceptible de produire sur leur situation².

Alors même qu'il n'a pas transposé l'article 7 § 6 et qu'il s'expose ainsi à un recours en manquement devant la CJUE et à une action en responsabilité devant les tribunaux administratifs pour transposition incorrecte de la directive, et n'ayant crainte de la contradiction, l'Etat français a suggéré à la Commission européenne « qu'une information individuelle des salariés, nonobstant l'information due aux représentants des travailleurs, devrait être organisée par l'employeur cessionnaire sur l'ensemble des droits qui deviendront applicables après le transfert »³. Si cette proposition de révision de la directive a été rejetée, il n'en reste pas moins que le législateur français doit transposer l'article 7§6 de la directive et qu'il pourrait à cette occasion créer un droit individuel à l'information au profit de tous les salariés sur le transfert et ses conséquences afin qu'ils puissent, en toute connaissance de cause, décider de s'opposer, ou non, à la cession de leur contrat au nouvel employeur.

L'article 7 § 6 n'impose d'information individuelle qu'en l'absence de représentants des travailleurs, sur la date fixée pour le transfert, son motif, ses conséquences juridiques, économiques et sociales pour les travailleurs, et les mesures envisagées pour ces derniers. Aucune information relative à l'éventuel exercice d'un droit d'opposition n'est prévue ce qui ne saurait surprendre dans la mesure où la reconnaissance de ce droit résulte de la jurisprudence de la CJUE. S'il est souhaitable que le salarié connaisse préalablement au transfert son existence, sa raison d'être et la date envisagée pour sa réalisation, il est surtout essentiel, pour garantir le respect du droit fondamental de choisir librement son employeur,

¹ Les articles L. 141-23 et L. 141-28 du Code de commerce, applicables respectivement dans les entreprises de moins de cinquante salariés et dans les PME (au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) de 50 à 249 salariés, prévoient que lorsque la cession du fonds de commerce est envisagée les salariés doivent en être informés au moins deux mois avant la cession afin de pouvoir faire une offre de rachat. A défaut d'information, tout salarié peut demander l'annulation de la cession dans les deux mois suivant la publication de l'avis de cession du fonds. Les articles L. 23-10-1 et L. 23-10-7 du Code de commerce prévoient respectivement dans les entreprises de moins de cinquante salariés et dans les PME (au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) de 50 à 250 salariés que lorsque le propriétaire d'une participation représentant plus de 50 % des parts sociales d'une société à responsabilité limitée ou d'actions ou valeurs mobilières donnant accès à la majorité du capital d'une société par actions veut les céder, les salariés doivent être informés au plus tard deux mois avant la cession, afin de pouvoir présenter une offre d'achat de cette participation. A défaut d'être informé, tout salarié pourra demander l'annulation de la cession dans les deux mois suivant la publication de la cession de la participation ou de la date à laquelle tous les salariés en ont été informés.

² Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, art. 7§6, préc.

³ V. le rapport de la Commission du 18 juin 2007 sur la directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, (COM(2007) 334 final, non publié au JOUE, proposition de révision de la directive qui « n'apparaît pas justifiée à ce stade » à la Commission.

qu'il soit informé des conséquences de la restructuration sur sa situation. En effet, pour pouvoir effectuer un choix libre, encore faut-il qu'il soit éclairé. Choisir librement son employeur implique d'être informé sur les conditions de travail chez le repreneur, sur le sort du statut collectif après l'opération, l'existence d'institutions représentatives du personnel, etc., autant de données essentielles pour que le salarié puisse appréhender l'existence ou non d'une atteinte à ses droits fondamentaux en cas de transfert de son contrat. Si ces indications sont indispensables pour qu'il puisse décider librement de s'opposer au transfert de son contrat, on ne saurait toutefois exiger du cédant qu'il se livre à une expertise de la situation personnelle de chaque salarié. Par ailleurs, une telle information sur les conditions de travail chez le cessionnaire implique une collaboration de ce dernier qui devra renseigner le cédant pour qu'il puisse satisfaire à son obligation d'information.

Cependant, informer le salarié sur les conséquences du transfert de son contrat n'est pas suffisant pour s'assurer que ce dernier choisit librement de s'y opposer. En effet, pour que le salarié décide librement de renoncer à la poursuite de l'exécution de son contrat avec le nouvel employeur, il est essentiel qu'il soit informé des conséquences de cette opposition qui emporte rupture de son contrat sans indemnités¹. Une information portant sur les conséquences du transfert sur la situation du salarié mais aussi sur les effets de son refus de passer au service du repreneur devrait donc être mise en place, qu'il y ait ou non des représentants du personnel. Non seulement cela assurerait enfin la mise en conformité du droit français au droit européen, mais de surcroît cela permettrait de concilier impérativité du transfert et respect des droits fondamentaux. Informé sur l'impact du transfert sur sa situation, le salarié serait à même de savoir si la poursuite du contrat porte ou non atteinte à ses droits fondamentaux qu'il pourrait préserver en s'opposant au maintien de son contrat de travail, opposition dont il connaîtrait les effets : la rupture de son contrat sans indemnité ouvrant droit au bénéfice d'allocations chômage. Les intérêts des salariés seraient ainsi protégés en cas de restructuration justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, informés des conséquences du transfert sur leur situation et des effets de leur éventuel refus de passer au service du repreneur ils seraient à même de prendre librement et en toute connaissance de cause la décision de s'opposer ou non au transfert de leur contrat. Si la faculté de s'opposer au transfert de leur contrat de travail était offerte aux salariés et qu'elle était assortie d'une information relative à ses effets, l'argument des défenseurs du maintien de la relation avec l'employeur initial invoquant le fait que la Cour de cassation fait des salariés « de simples

¹ Cass. soc., 10 oct. 2006, préc.

appendices des machines transférables comme elles et avec elles » ou encore qu'elle les réduit au servage ou à l'esclavage ne tiendrait plus¹. Placer le débat sur ce terrain relèverait presque de la malhonnêteté intellectuelle².

709. Il semble impératif que le législateur assume enfin ses responsabilités en encadrant le sort des contrats de travail en cas d'opposition du salarié au transfert de son contrat et que les dispositions de la directive relatives à l'information des travailleurs soient transposées. Le législateur devrait instituer une obligation générale d'information individuelle des salariés non seulement sur les conséquences de la cession sur leur situation, ainsi que l'exige la directive, mais aussi sur les effets de leur opposition éventuelle au transfert de leur contrat. En outre, il serait souhaitable que le législateur reconnaisse au salarié un véritable droit d'opposition du transfert de son contrat, dont il devrait également définir les conséquences. Il pourrait à ce titre modifier l'article L. 1224-1 du Code du travail comme nous le suggérons plus haut en prévoyant que l'opposition exprimée librement par le salarié au transfert de son contrat paralyse l'effet translatif de ce texte et entraîne la rupture de plein droit du contrat ouvrant droit au bénéfice de l'assurance chômage. Informé de l'existence du transfert et de ses effets sur sa situation et du fait que, s'il s'oppose au transfert de son contrat, ce dernier sera rompu de son fait sans indemnité aucune, le salarié sera à même de prendre une décision libre. Il ne serait donc pas vendu avec l'entreprise, pas plus qu'il n'est un serf attaché à son fief comme cela a pu être écrit³. Son contrat se poursuit de plein droit avec le nouvel employeur sauf s'il estime que cela porte atteinte à ses droits fondamentaux, dans ce cas, libre à lui de s'opposer au transfert et d'en assumer les conséquences.

Ainsi, impuissant face aux décisions de restructuration, le droit social en amoindrit les effets potentiellement néfastes sur la situation des salariés en assurant la stabilité de leur emploi en cas de transfert d'entreprise justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Tout licenciement prononcé en violation de ce texte est ainsi sans effet. De même, le salarié, ne dispose pas de la possibilité de s'opposer au transfert de son contrat de travail au nouvel employeur, ce qui est fort critiquable au regard du respect des droits fondamentaux et du droit communautaire. Une intervention législative sur ce point ou un revirement de jurisprudence, souhaitables et souhaités, semblent à l'heure actuelle hypothétiques.

¹ A. SUPLOT, art. préc.

² En ce sens également R. VATINET, art. préc.

³ A. SUPLOT, art. préc.

Si le principe posé par le législateur de 1928 est donc le maintien impératif des contrats en dépit du transfert, l'impérativité de la poursuite de leur exécution pour le compte du nouvel employeur est écartée dès lors que la restructuration emporte par elle-même une modification du contrat du salarié, en l'absence de toute volonté en ce sens du cessionnaire.

§ 2 - Le transfert impliquant une modification du contrat.

Si les conditions d'application de l'article L. 1224-1 sont réunies, les contrats de travail attachés à l'entité cédée sont en principe automatiquement et impérativement transmis au cessionnaire sans modification aucune. Toutefois, lorsque la restructuration induit en elle-même une modification du contrat autre que le changement d'employeur, le transfert du contrat est certes impératif mais le salarié peut en revanche refuser la modification de son contrat qui en résulte. Il en va ainsi dans deux hypothèses particulières : lorsque la restructuration implique un passage de l'entité cédée du secteur privé vers un service public à caractère administratif (SPA) (A), et lorsque le transfert partiel de l'entreprise induit une scission du contrat du salarié affecté en partie à l'entité cédée (B).

A - Le transfert d'une entreprise du privé vers un service public à caractère administratif.

Peu enclins à appliquer l'article L. 1224-1 en cas de transfert d'une entreprise du privé vers un service public à caractère administratif (SPA), estimant qu'une telle opération faisait perdre son identité à l'entité, les juges nationaux furent contraints d'abandonner cette jurisprudence contraire au droit européen¹. Ils admirent donc l'application de ce texte aux cessions du privé vers un SPA à condition que soit caractérisé le transfert d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue et l'activité poursuivie ou reprise. La jurisprudence dut donc envisager les conséquences sur le contrat de travail du transfert d'un employeur privé vers un SPA avant que le législateur ne s'empare de la question en 2005 puis

¹ Cass. soc., 25 juin 2002, Bull. civ. V, n° 209, préc. ; TC, 19 janv. 2004, *Devun*, préc. ; CE, 22 oct. 2004, *Lamblin*, préc.

en 2009, en reprenant, peu ou prou, les solutions dégagées par les juges¹. Le Code du travail contient donc désormais des dispositions relatives à la situation des salariés une fois le transfert réalisé². Le nouvel employeur personne publique doit proposer de nouveaux contrats aux salariés transférés (1), un refus par ces derniers de l'offre de contrat de droit public contraint alors l'employeur à mettre un terme à la relation de travail (2).

1 - La proposition de contrats de droit public.

710. L'option offerte par le Conseil d'Etat entre contrat de droit privé ou de droit public. S'agissant du sort du contrat de travail des salariés transférés du privé vers un SPA, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le Conseil d'Etat a, dans l'arrêt *Lamblin*, offert à l'employeur public la possibilité « *soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat, dans la mesure (...) où des dispositions législatives ou réglementaires n'y [faisaient] pas obstacle* »³. Le Conseil d'Etat a précisé de surcroît dans cet arrêt que l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne saurait emporter droit à la titularisation du salarié dans le service dans lequel il se trouve désormais transféré. La faculté de maintenir des contrats de droit privé au sein d'un SPA a suscité de vives critiques en ce qu'elle heurtait la jurisprudence *Berkani*, selon laquelle « *les personnels non statutaires employés pour le compte d'un SPA sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi* »⁴. Surtout, nombre de difficultés étaient susceptibles de se présenter si

¹ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, JO du 27 juillet 2005, p. 12183 ; loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, JO du 6 août 2009, p. 13116.

² Il convient d'indiquer que le législateur de 2009 (Loi n° 2009-972, du 3 août 2009, préc.) a également « réglé » le sort des salariés d'un service public administratif qui serait transféré vers le secteur privé. Ainsi, l'article L. 1224-3-1 du Code du travail issu de cette loi dispose que : « Sous réserve de l'application de dispositions législatives ou réglementaires spéciales, lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial, cette personne morale ou cet organisme propose à ces agents un contrat régi par le Code du travail. Le contrat proposé reprend les clauses substantielles du contrat dont les agents sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération. En cas de refus des agents d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne morale ou l'organisme qui reprend l'activité applique les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés. ». Nous ne nous étendrons pas sur ce point qui se situe hors du cadre de notre étude. Sur ce point, V. A. MAZEAUD, « Reprise de l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public par une personne morale de droit privé », Dr. soc. 211, p. 367 ; M. GARRIGUE-VIEUVILLE, « Les effets du mode de gestion des services publics sur la situation de leur personnel : mode d'emploi », Dr. adm. 2010, étude 4.

³ CE, 22 oct. 2004, *Lamblin*, préc.

⁴ T. confl., 23 mars 1996, n° 3000, Rec. CE 1996, p. 536, concl. P. MARTIN. En réalité, ces deux décisions sont conciliables dans la mesure où la finalité de la jurisprudence *Berkani* était de mettre fin à l'incertitude dans

l'employeur faisait le choix de maintenir les contrats de droit privé des salariés. Ainsi, le maintien d'un contrat de travail impliquait l'application du Code du travail au sein d'un SPA ce qui n'était pas sans soulever de problèmes, qu'il s'agisse de la mise en œuvre des dispositions relatives aux relations collectives de travail ou de la coexistence au sein du SPA d'agents placés essentiellement dans une situation légale et réglementaire et d'agents soumis au Code du travail, induisant une gestion des ressources humaines particulièrement délicate¹. Conscient de ces difficultés et attaché au respect de la jurisprudence *Berkani*², le législateur a mis fin à l'alternative accordée par le Conseil d'État à la personne publique. Cette dernière n'a désormais d'autre choix que de proposer un contrat de droit public aux salariés transférés.

711. Obligation de proposer un contrat de droit public. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 1224-3, issu de la loi du 26 juillet 2005³, dispose que « *lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée, selon la nature du contrat dont ils sont titulaires.* ». Cette disposition se situe dans la lignée des décisions du Tribunal des conflits qui affirme que la modification dans la situation juridique de l'employeur résultant du passage d'un employeur privé à un SPA n'a pas pour conséquence de modifier la nature des contrats qui restent des contrats de droit privé⁴. Le législateur excluant la coexistence d'agents de droit privé et de droit public dans un SPA conformément à la jurisprudence *Berkani*⁵, il appartient donc désormais à la personne publique de proposer aux salariés transférés des contrats de droit public reprenant les clauses substantielles de leur contrat initial.

712. Reprise obligatoire des clauses substantielles du contrat initial. S'agissant du contenu du contrat de droit public que la personne publique est tenue de proposer aux salariés transférés, l'article L. 1224-3, alinéa 2, dispose que « *sauf disposition légale ou conditions*

laquelle étaient plongés nombre d'agents qui ignoraient la nature de leur contrat. Rien de tel avec l'arrêt *Lamblin*, dans la mesure où aucun doute n'existe sur la nature du contrat transféré, forcément de droit privé, puisqu'il est conclu entre deux personnes de droit privé.

¹ En ce sens, D. JEANPIERRE « L'article L. 122-12 du Code du travail et le droit de la fonction publique : quand l'incompréhensible se conjugue à l'inapplicable », JCP G, n° 52-53, 22 décembre 2004, p. 2377.

² T. confl., 23 mars 1996, n° 3000, préc.

³ Loi du 26 juil. 2005, n° 2005-843, préc.

⁴ T. confl., 19 janv. 2004, *Devun*, préc. ; T. confl., 21 juin 2004, *Cne de Saint-Léger-sur-Roanne*, AJDA 2004, p. 2061, obs. J. MARTIN ; T. confl., 14 fév. 2005, RJS 8-9/2005, n° 805 ; T. confl., n°C-3508.

⁵ T. confl., 23 mars 1996, n° 3000, préc.

générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération ». Mise à part la référence à la rémunération, l'article L. 1224-3 du Code du travail ne précise pas ce que recouvre l'expression « clauses substantielles », ce qui est regrettable. Il semble toutefois qu'elle puisse être assimilée au socle contractuel dégagé par la jurisprudence de la Cour de cassation au fil des années et qui repose sur cinq piliers : la durée du travail, la qualification, le secteur géographique, la rémunération et l'organisation contractuelle du travail auxquels s'ajoutent les clauses contractuelles. À ce titre, la circulaire du 19 novembre 2009 énonce que *« font notamment partie des clauses substantielles d'un contrat les clauses relatives à sa durée et à son objet, à la quotité de temps de travail, à la qualification, à l'ancienneté et à la rémunération »*¹. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs confirmé que l'ancienneté était une clause substantielle que l'employeur public était tenu de reprendre dans le contrat de droit public proposé au salarié transféré², ce qui est logique au regard de la philosophie qui irrigue le droit du transfert d'entreprise tendant à assurer la stabilité de la situation contractuelle des salariés et de leurs avantages. L'objectif poursuivi par le droit social en la matière est qu'un transfert vers un SPA affecte *a minima* la condition des salariés qui, certes ne peuvent exiger le maintien de leur contrat de droit privé, mais doivent en revanche voir les clauses essentielles de ce dernier reprises dans le contrat de droit public proposé par le nouvel employeur.

Toutefois, si l'intention du législateur est d'amoindrir les bouleversements induits par le passage d'un contrat de droit privé à un contrat de droit public en assurant, dans la mesure du possible, la reprise des clauses substantielles dans le nouveau contrat, l'identité de situation avant et après le transfert ne saurait être garantie dans la mesure où des dispositions législatives ou réglementaires propres aux SPA peuvent justifier la mise à l'écart de certaines clauses substantielles³. En effet, l'article L. 1224-3 du Code du travail prévoit expressément que la personne publique peut reprendre l'ensemble des clauses substantielles du contrat initial, et notamment celles relatives à la rémunération, en présence d'une disposition légale ou conditions d'emploi et de rémunération des agents non titulaires contrares. Cette dérogation est conforme à la directive du 23 mars 2001 telle qu'interprétée par la CJUE qui affirme qu'elle *« ne s'oppose pas en principe à ce que, en cas de transfert d'entreprise d'une*

¹ Circ. n° BCCF0926531C, du 19 nov. 2009, relative aux modalités d'application de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique.

² CE, 27 juin 2012, n° 335481, publié au Recueil Lebon ; JCP A 2012, 29, note D. JEAN-PIERRE ; JCP A 2012, act. 474.

³ L. 1224-3, al. 2, C. trav.

personne morale de droit privé à l'Etat, celui-ci, en tant que nouvel employeur, procède à une réduction du montant de la rémunération des travailleurs concernés aux fins de se conformer aux règles nationales en vigueur relatives aux employés publics »¹.

S'agissant de la portée de la réserve faite par l'article L. 1224-3 en présence de normes s'opposant au maintien des clauses contractuelles et notamment de celles relatives à la rémunération, le Conseil d'état estime que si le niveau de rémunération des agents du SPA ne peut à lui seul justifier une réduction de la rémunération des salariés transférés au seul prétexte d'un alignement entre eux, il est en revanche indispensable, pour éviter les tensions au sein du personnel et dans un souci de cohérence de la gestion des ressources humaines, que le niveau de rémunération proposée par la personne publique dans le nouveau contrat n'excède pas manifestement celui dont bénéficient les agents non titulaires en son sein². Le Conseil d'État affirme de surcroît la nécessaire prise en compte par la personne publique de l'ancienneté dans le calcul de la rémunération qu'elle propose aux salariés transférés conformément à la circulaire de 2009 et à la jurisprudence de la CJUE³. Si l'employeur de droit public est autorisé à proposer au salarié transféré un contrat de droit public assorti d'une rémunération différente de celle prévue par son contrat de travail, c'est à la stricte condition d'invoquer à l'appui de cette différence une justification tirée de la nécessité de respecter les

¹ La CJUE considère donc qu'une modification de la rémunération imposée, en l'espèce, par la législation luxembourgeoise des services publics n'est pas contraire à la directive, même si elle prend le soin de préciser qu'il est préférable qu'il n'en soit pas ainsi. CJCE 2^{ème} ch., 11 nov. 2004, aff. 425/02., *Delahaye, épouse Boor* : RJS, n° 3, 2005, n° 324 et chron. J.-P. LHERNOULD, p. 184, pt. 35.

² Dans cette affaire, suite au transfert d'une entreprise du privé vers un service public à caractère administratif, le nouvel employeur avait proposé aux salariés transférés de nouvelles conditions de rémunération inférieure à celle initialement prévue dans leur contrat de droit privé. La personne publique justifiait la baisse de rémunération par la nécessité, selon elle, de respecter le niveau de rémunération versée aux agents exécutant des tâches analogues au sein de ses services. Les principes de la reprise des clauses contractuelles en dépit du transfert et de l'égalité de traitement se trouvaient donc confrontés, la personne publique faisant prévaloir le second. À l'inverse, le Commissaire du gouvernement estimait qu'il résultait de la loi de 2005 « que l'objectif de stabilité de la rémunération prime sur l'égalisation des situations » (F. SENERS, concl. pour avis du CE 21 mai 2007, Mme Manolis, « Article L 122-12 : reprise des clauses salariales par les collectivités publiques », Dr. soc. 2007, p. 969.). Le Conseil d'État dans son avis a, quant à lui, affirmé que si « le législateur n'a pas entendu autoriser [la personne publique] à proposer une rémunération inférieure à celle dont [le salarié transféré] bénéficiait auparavant, au seul motif que celle-ci dépasserait, à niveaux de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonction dans l'organisme d'accueil à la date du transfert », « la reprise de la rémunération antérieure n'est en tout état de cause légalement possible que si elle peut être regardée comme n'excédant pas manifestement la rémunération que, dans le droit commun, il appartiendrait à l'autorité administrative compétente de fixer, sous le contrôle du juge, en tenant compte, notamment, des fonctions occupées par l'agent non titulaire, de sa qualification et de la rémunération des agents de l'Etat de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues » ; CE, avis du 21 mai 2007, Mme Manolis et autres, Dr. soc. 2007, p. 973.

³ La Cour de Luxembourg estime en effet qu'« il serait contraire à l'esprit de la directive de traiter l'employé repris du cédant en ne tenant pas compte de son ancienneté dans la mesure où les règles nationales régissant la situation des employés de l'Etat prennent en considération l'ancienneté de l'employé de l'Etat pour le calcul de la rémunération », CJCE, 11 nov. 2004, aff. 425/02, pt. 34.

dispositions applicables aux agents contractuels¹. Soucieux d'assurer une certaine stabilité de la situation de salariés en dépit du transfert du privé vers le public et à défaut d'emprise sur la décision de restructuration, le droit social impose donc au nouvel employeur public de reprendre les clauses essentielles du contrat initial des salariés transféré dans le contrat de droit public proposé, sauf à démontrer l'existence d'une norme légale ou de conditions d'emploi propres au service y faisant obstacle.

713. La persistance d'incertitudes. Si l'article L. 1224-3 du Code du travail oblige la personne publique à proposer au salarié un contrat de droit public reprenant les clauses essentielles du contrat transféré, ce texte ne fixe en revanche aucun délai pour le faire, pas plus qu'il n'envisage les conséquences de l'absence de proposition de contrat par le nouvel employeur. Faute de délai imposé à la personne publique pour proposer au salarié un contrat de droit public, son contrat de droit privé survit jusqu'à ce qu'une telle proposition intervienne, si tant est qu'elle intervienne. Dans la mesure où le transfert n'a pas pour effet de changer la nature du contrat, tant qu'elle n'aura pas proposé au salarié un contrat de droit public, la personne publique est tenue de respecter les termes du contrat initial et, notamment, de « *continuer à rémunérer les salariés transférés dans les conditions prévues par leur contrat de droit privé jusqu'à ce que ceux-ci acceptent le contrat de droit public qui leur sera proposé, ou jusqu'à leur licenciement, s'ils le refusent* »².

Il est regrettable que le législateur n'ait prévu ni le délai imparti à la personne publique pour proposer un contrat de droit public reprenant les clauses essentielles de son contrat initial, ni celui dans lequel le salarié doit l'accepter ou la refuser³. Les dispositions de l'article

¹ Cass. soc., 13 nov. 2012, 11-12.050, inédit.

² Cass. soc., 1^{er} juin 2010, Bull. civ. V, n° 120 ; RJS 8-9/2010, n° 643 ; Dr. ouv. 2010, p. 555, obs. J. VIEGO ; C. RADÉ, « Transfert d'une entreprise privée à une personne publique : quels pouvoirs pour quels juges ? », *Lexbase hebdo éd. soc.* du 24 juin 2010, N° LXB N4270BPT ; SSL 2010, n° 1452, p. 13, obs. M. HAUTEFORT.

³ L'absence de prévision légale relative au moment auquel l'employeur public doit proposer au salarié transféré un contrat de droit public a ainsi pu conduire la Cour de cassation à rendre un arrêt inédit particulièrement surprenant. Elle a ainsi affirmé qu'« *en cas de reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif de l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé telle que prévu par l'article L. 1224-3 du code du travail, le repreneur peut, en vue d'assurer la continuité du service, faire, avant la date prévue pour le transfert, les offres de contrats auxquelles il est tenu et procéder au licenciement des salariés les ayant refusées afin que leur contrat prenne fin à la date effective du transfert* » (Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-19.908, JCP E 2013, 1575, note S. BEAL et C. TERRENOIRE). Fondée sur des considérations d'opportunité et notamment la nécessité d'assurer la continuité du service public, principe constitutionnel et principe général du droit, cette solution n'en reste pas moins extrêmement surprenante. En effet, avant le transfert la personne publique n'est pas l'employeur des salariés dès lors à quel titre peut-elle leur proposer une modification de leur contrat ? De même, comment pourrait-elle rompre le contrat de travail des salariés refusant le contrat de droit public qu'elle leur propose dans la mesure où avant le transfert elle est tiers à ce contrat conclu avec l'employeur initial ? Cette solution totalement infondée d'un point de vue juridique et pour le moins

L. 1222-6 du Code du travail relatif à la procédure de proposition d'une modification d'un contrat de travail pour motif économique ne semblent pas pouvoir s'appliquer dans une telle hypothèse. Il convient d'indiquer que « *si le juge judiciaire est compétent pour statuer sur tout litige relatif à l'exécution et à la rupture du contrat de travail tant que le nouvel employeur n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public, il ne peut, ni se prononcer sur le contrat de droit public proposé par la personne morale de droit public au regard des exigences de [l'article L. 1224-3], ni lui faire injonction de proposer un tel contrat* »¹, sauf à violer le principe de séparation des pouvoirs. Le juge judiciaire peut en revanche constater l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé par la personne publique à la suite du refus du contrat de droit public opposé par le salarié lorsqu'il prévoyait une réduction de sa rémunération sans qu'aucune justification tirée de la nécessité de respecter les dispositions applicables aux agents contractuels ne soit invoquée par la personne publique. En effet, dans une telle hypothèse, le juge judiciaire ne fait que constater le non-respect objectif des exigences de l'article L. 1224-3 du Code du travail, il ne se prononce pas sur l'offre de contrat en elle-même et ne méconnaît dès lors pas le principe de séparation des pouvoirs².

Il appartient donc à la personne publique de proposer au salarié un contrat de droit public à durée indéterminée ou déterminée, selon la durée du contrat dont il est initialement titulaire, et reprenant ses clauses essentielles, sauf à démontrer qu'une disposition légale ou que les conditions d'emploi et de rémunération des agents non titulaires du service s'y opposent. Pas plus qu'il n'a fixé le délai dans lequel la personne publique doit proposer au salarié un contrat de droit public, le législateur n'en a imposé un au salarié pour accepter ou rejeter cette offre ce qui éminemment regrettable. En tout état de cause, si le salarié accepte le contrat de droit public proposé par le nouvel employeur il se substitue au contrat de droit privé. Le salarié bascule donc immédiatement dans un statut de droit public. N'ayant pas de droit à titularisation du seul fait de la reprise par une personne publique de l'entité à laquelle est affecté³, le salarié sera dès son acceptation agent non titulaire de la personne publique. En

incongrue retenue dans un arrêt inédit aurait selon certains auteurs une portée relativement large (En ce sens, S. BEAL et C. TERRENOIRE, note préc.). Ces auteurs soulignent ainsi que le motif retenu par la Cour de cassation est rédigé en termes généraux et ne fait aucune référence à l'espèce ayant donné lieu à cette solution. Ainsi, selon eux, cette solution n'est pas cantonnée à cette seule espèce et pourrait vraisemblablement être itérée. Il convient tout de même d'attendre sa confirmation.

¹ Cass. soc., 1^{er} juin 2010, précité.

² Cass. soc., 13 nov. 2012, 11-12.050, inédit.

³ CE, 22 oct. 2004, *Lamblin*, préc.

revanche, s'il refuse la proposition de la personne publique, son contrat est rompu selon les modalités relativement imprécises fixées par l'article L. 1224-3, alinéa 3, du Code du travail.

2 - La rupture *sui generis* du contrat suite au rejet par le salarié de l'offre contractuelle de droit public.

714. Conséquences du refus du salarié envisagées sous l'empire de la loi de 2005.

S'agissant des conséquences du refus du salarié transféré du contrat de droit public proposé par le repreneur personne publique, le législateur a d'abord consacré en 2005, quasiment mot pour mot, la position adoptée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Lamblin*¹. Ainsi, l'article 20 de la loi de 2005 disposait, *in fine*, qu'« en cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procède alors au licenciement, dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat »². Une fois de plus, on ne peut que regretter la formulation maladroite retenue par le législateur, l'expression « conditions prévues par le droit du travail et leur contrat » étant relativement vague. En effet, si conformément au droit européen la rupture du contrat de travail consécutive au refus du salarié de l'offre de contrat de droit public est imputable au nouvel employeur³, la qualification du licenciement n'était aucunement précisée...

715. Les incertitudes entourant la qualification de la rupture levées de concert par le législateur et la jurisprudence. Si la loi du 26 juillet 2005 ne donnait aucune indication sur la qualification du licenciement résultant du refus du contrat de droit public, il était en tout état de cause certain que ce licenciement ne pouvait être un licenciement disciplinaire. Selon une jurisprudence constante le refus par le salarié d'une modification de son contrat, qui plus est en l'occurrence d'une novation⁴, n'est jamais fautif⁵. Écarter le motif disciplinaire est

¹ CE, 22 oct. 2004, *Lamblin*, préc.

² Art. 20 de la loi du 26 juil. 2005, n° 2005-843, préc.

³ L'article 4§2 de la directive n° 2001/23 du 12 mars 2001 énonce en effet qu'en cas de transfert impliquant « une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, le contrat est résilié du fait de l'employeur ». quant à la CJUE, elle a affirmé à plusieurs reprises que la résiliation du contrat de travail consécutive à la reprise d'une activité par une personne morale de droit public s'analyse en une modification substantielle du contrat de travail devant dès lors être considérée comme intervenue du fait de l'employeur. CJCE, 23 sept. 2000, *Mayeur/Apim*, préc., CJCE, 11 nov. 2004, aff. 425/02, [2e ch.], *Delahaye*, préc.

⁴ En effet, il ne s'agit pas de la poursuite du contrat initial modifié, mais bien d'un nouveau contrat, le passage du privé au public emportant novation du contrat, or il est impossible, sans porter atteinte à la liberté contractuelle du salarié, de l'obliger à contracter à peine de sanctions, en ce sens, J.-B. COTTIN, « Transfert d'une entité économique autonome vers un service public administratif », RJS 1/06, p. 3.

⁵ Cass. soc., 7 juil. 1998, Bull. civ. V, n° 362, RJS 1998, n° 1182.

juridiquement impératif puisque, même si le contrat de droit public reprend les clauses substantielles du contrat de travail initial, le passage d'un régime de droit privé à un régime de droit public modifie l'économie du contrat, légitimant ainsi le refus du salarié, les règles amenées à régir la future relation de travail n'étant désormais plus les mêmes¹.

Les premiers commentateurs de l'article 20 de la loi de 2005 estimèrent, pour la plupart d'entre eux, que l'éventualité de la création par ce texte d'une hypothèse légale de licenciement individuel *sui generis* devait être écartée². Selon eux, si le législateur avait voulu instituer une telle rupture, il l'aurait précisé, comme il l'a fait s'agissant du licenciement consécutif au refus du salarié de la modification de son contrat résultant du passage aux 35 heures, dans l'article 30 II de la loi Aubry II³. Un certain nombre d'auteurs ont donc considéré que le licenciement par la personne publique consécutif au rejet par le salarié de l'offre de contrat de droit public, relevait du régime des licenciements pour motif économique⁴.

La Cour de cassation infirma cette position en énonçant que « *la cause particulière de rupture du contrat de travail prévue par l'article L. 1224-3 du Code du travail ne relève pas des dispositions de ce Code applicables au licenciement pour motif économique (...). Si le licenciement d'un salarié qui refuse un contrat de droit public doit être prononcé dans les conditions prévues par le Code du travail, le refus de changer de statut opposé par le salarié repris constitue à lui seul une cause de licenciement* »⁵. Cette position mérite d'être pleinement approuvée, et ce, pour plusieurs raisons. En premier lieu, qualifier de licenciement pour motif économique la rupture du contrat consécutive au rejet du salarié de passer sous un régime de droit public aurait suscité d'insurmontables difficultés notamment en cas de nombreux refus impliquant la mise en œuvre d'un grand licenciement collectif⁶. Qu'il s'agisse de la mise en place de la procédure d'information consultation des représentants du personnel ou de l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)⁷, les exigences légales sont particulièrement problématiques à transposer dans le cadre d'un SPA. De même, comme le souligne le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2009 « *il ne paraît, (...) pas raisonnable de subordonner le licenciement d'un salarié qui refuse de changer de statut à une*

¹ J.-B. COTTIN, art. préc.

² En ce sens, C. WOLMARK, « Le sort des contrats de travail en cas de reprise en gestion directe d'un service public administratif », RDT 2006, p. 159 ; J.-B. COTTIN ; A. MAZEAUD, art. préc.

³ Loi n° 2000-37, du 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, JORF du 20 janv. 2000, p. 975.

⁴ En ce sens, C. WOLMARK ; J.-B. COTTIN ; A. MAZEAUD, art. préc..

⁵ Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 08-40.846, JCP S 2010, 1028, note B. BOSSU ; D. 2009, AJ 2493, obs. L. PERRIN ; RJS 2009, n° 899.

⁶ Art. L. 1233-29 s., C. trav.

⁷ Art. L. 1233-61, C. trav.

recherche de reclassement que ce refus rend impossible, alors que la loi impose en ce cas une véritable obligation de licencier à la charge de la personne publique »¹. En réalité, le droit français ignore l'éventualité de licenciements pour motif économique dans le cadre d'un SPA².

En second lieu, la solution retenue par la Cour de cassation s'inscrit dans la ligne tracée par le législateur quelque temps auparavant dans le cadre de la loi du 3 août 2009³. En effet, cette loi a modifié l'article L. 1224-3 qui dispose désormais *in fine* qu'« *en cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat* ». Si, une fois de plus, on ne peut que regretter la formulation retenue par le législateur qu'il s'agisse de l'expression « agents licenciés » dépourvue de sens, ou de la reprise de la référence pour le moins vague au « droit du travail », cet article a, tout de même, le mérite de mettre fin à l'incertitude relative à la qualification de la rupture. La position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité, postérieur à la modification législative, mais relatif à une espèce antérieure à cette dernière, est donc conforme à la nouvelle formulation du dernier alinéa de l'article L. 1224-3. La rupture résultant du refus du salarié de passer sous un régime de droit public ne relève donc pas du droit du licenciement pour motif économique. À ce titre, l'article L. 1224-3 ne fait plus référence licenciement du salarié ayant refusé l'offre de contrat de droit public, mais évoque désormais une rupture de plein droit, ce qui laisse penser que la rupture n'a pas à être motivée comme le confirme la circulaire du 19 novembre 2009⁴. Elle affirme ainsi que l'article L. 1224-3 « *crée une nouvelle procédure de fin de contrat : il s'agit d'une rupture qui intervient automatiquement suite au refus de l'agent d'accepter le nouveau contrat qui lui est proposé et qui a pour effet d'appliquer aux agents concernés les seules dispositions postérieures au licenciement : ainsi, il n'y a pas lieu de prévoir un entretien préalable (...) le licenciement n'a pas non plus à être motivé. Ce licenciement doit être notifié à l'intéressé par l'organisme d'accueil dès lors que*

¹ Cass. rapp. 2009.

² En ce sens, A. MAZEAUD, art. préc., d'ailleurs, comme le souligne la Cour de cassation, la qualification de licenciement pour motif économique ne pouvait être envisagée puisque selon elle « le nouvel article L. 1233-1 du Code du travail paraît l'exclure, puisqu'il ne déclare les dispositions du chapitre sur les licenciements économiques applicables qu'aux seules entreprises publiques et aux établissements publics industriels et commerciaux. Mais les textes en vigueur avant la recodification ne revêtaient pas une portée aussi générale et si l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi était écarté, il n'était pas évident que le motif de rupture, non inhérent à la personne du salarié, échappe à la qualification de motif économique et au régime qui en découle. », Cass. rapp. 2009.

³ Loi du 3 août 2009, n° 2009-972, préc.

⁴ Circ. n° BCCF0926531C, du 19 nov. 2009, préc.

*l'agent aura signifié son refus de manière expresse »*¹. Il s'agit donc d'un mode de rupture du contrat de travail autonome, la personne publique n'est pas tenue de respecter la procédure de licenciement, seules les dispositions du Code du travail relatives à l'après-rupture ayant vocation à s'appliquer. Ainsi, dès lors que le salarié refuse expressément le contrat de droit public proposé, - là encore on ne peut que constater les lacunes législatives puisqu'aucun formalisme ni délai n'est prévu pour ce faire - le contrat est rompu de plein droit. Il appartient tout de même à la personne publique de lui notifier son licenciement.

Vont donc s'appliquer les dispositions du Code du travail relatives aux conséquences du prononcé d'un licenciement pour motif personnel ayant *a priori* une cause réelle et sérieuse. En effet, la CJUE a précisé qu'en cas de modification substantielle du contrat résultant du passage du privé vers le public, la rupture devait être imputée au nouvel employeur, sans toutefois que celle-ci soit assimilée à une résiliation fautive, dès lors que le cessionnaire respecte les obligations résultant de la directive². Cette position a été reprise par la Cour de cassation qui estime que *« le refus, par le salarié, des conditions d'intégration proposées par la personne publique reprenant l'entité économique à laquelle il est rattaché, en raison des modifications qu'elles apportent au contrat de travail en cours au jour du transfert, constitue pour l'employeur public une cause réelle et sérieuse de licenciement ne relevant pas des dispositions relatives au licenciement économique, dès lors qu'il ne lui est pas possible, au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont relève son personnel, de maintenir le contrat de travail de droit privé en cours au jour du transfert ou d'offrir à l'intéressé un emploi reprenant les conditions de ce contrat »*³. Ainsi, il résulte de la combinaison des jurisprudences nationale et européenne, que le refus par le salarié de l'offre de contrat de droit public constitue à lui seul une cause réelle et sérieuse de licenciement à la stricte condition que l'employeur public ait respecté les dispositions de l'article L. 1224-3. Dès lors, si la personne publique propose un contrat ne reprenant pas les « clauses substantielles » du contrat initial, sans démontrer qu'une disposition légale ou que les conditions générales d'emploi applicables en son sein font obstacle à cette reprise, la rupture du contrat sera dépourvue de cause réelle et sérieuse. Faute par le nouvel employeur de respecter les exigences de L. 1224-3 la résiliation du contrat non seulement lui sera imputable, mais sera

¹ Circ. n° BCCF0926531C, du 19 nov. 2009, préc.

² CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-396/07, *Juuri*, JCP S 2009, 1187, note P. MORVAN ; RJS 3/09, n° 296 ety obs. J.-P. LHERNOULD, p. 193.

³ Cass. soc., 2 déc. 2009, Bull. Civ. V, n° 270 ; JCP S 2010, 1056, note P. MORVAN.

considérée comme fautive¹. Le développement d'un contentieux relatif à la valeur de la proposition faite par la personne publique est donc envisageable.

716. Répartition des compétences juridictionnelles. Il convient d'indiquer que le juge judiciaire ne saurait se prononcer sur le contenu du contrat proposé par la personne publique et sur sa conformité aux exigences de l'article L. 1224-3 du Code du travail sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs². Si le salarié refuse l'offre de la personne publique en estimant que celle-ci méconnaît son obligation de reprise des clauses substantielles, il pourra saisir le juge judiciaire d'une demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, son contrat étant toujours de droit privé. En revanche, le Conseil des prud'hommes devra surseoir à statuer et inviter « *les parties à saisir le juge administratif d'une question préjudicielle portant sur la conformité des offres faites par le nouvel employeur public aux dispositions législatives et réglementaires* »³, sauf s'il n'a pas besoin d'analyser la proposition faite par la personne publique notamment parce qu'elle prévoit une baisse de la rémunération du salarié sans que la personne publique n'invoque une quelconque justification⁴. Si le nouvel employeur public méconnaît son obligation de proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de l'ancien sans apporter la preuve de normes faisant obstacle à cette reprise, il s'expose ainsi à une condamnation à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il en va de même en l'absence d'une telle proposition, si le salarié prend acte de la rupture de son contrat, la rupture produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁵.

717. Conséquences de la rupture. Si le salarié, sans contester le sérieux de l'offre de la personne publique, la refuse, son contrat est rompu de plein droit et les dispositions relatives aux conséquences du prononcé d'un licenciement pour motif personnel fondé sur une cause réelle et sérieuse s'appliquent. Le salarié aura donc droit, sans doute aucun, à l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 du Code du travail. En revanche, la question du préavis est plus floue. En tout état de cause, la personne publique ne saurait exiger du salarié qu'il exécute son préavis aux conditions qu'elle propose. Il est en effet de

¹ CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-396/07, *Juuri* ; Cass. soc., 2 déc. 2009, préc.

² Cass. soc., 1^{er} juin 2010 préc.

³ Cass. soc., 1^{er} juin 2010 préc.

⁴ Cass. soc., 13 nov. 2012, préc.

⁵ Cass. soc., 16 déc. 2008, préc.

jurisprudence constante qu'en cas de rupture du contrat consécutive au rejet d'une modification proposée par l'employeur, ce dernier ne peut imposer au salarié d'effectuer son préavis aux nouvelles conditions¹. En outre, le refus du salarié n'étant aucunement fautif, il ne saurait être privé de son droit à préavis². Deux solutions sont dès lors envisageables : soit la personne publique dispense le salarié de l'exécution de son préavis et lui verse son indemnité compensatrice de préavis³, soit elle lui demande de l'exécuter en respectant dans ce cas les stipulations du contrat de travail conclu avec son prédécesseur. Il apparaît toutefois que, dans un souci de simplification, les salariés ayant refusé le contrat de droit public seront le plus souvent dispensés de l'exécution de leur préavis. Outre les indemnités de rupture, les salariés, dont le contrat est rompu de plein droit de suite à leur refus du contrat proposé par la personne de droit public, bénéficient de l'assurance-chômage dans la mesure où ils sont involontairement privés d'emploi⁴.

718. Incertitudes relative aux conséquences du refus de salariés titulaires de contrats à durée déterminée. Il apparaît délicat d'appliquer les règles relatives au licenciement pour motif personnel aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée (CDD) qui refuseraient l'offre de contrat de droit public formulée par la personne publique en charge du SPA. Malheureusement, l'article L. 1224-3 du Code du travail ne fait référence qu'à l'application par la personne publique des « *dispositions relatives aux agents licenciés prévus par le droit du travail par leur contrat* ». Certes, à la différence de l'article 20 de la loi de 2005⁵, ce texte ne dispose plus que la personne publique « *procède à leur licenciement* », mais le renvoi aux règles relatives « *aux agents licenciés* » est problématique s'agissant de salariés titulaires d'un CDD. On ne peut, une fois de plus, que regretter l'imprévision coupable du législateur qui aurait dû réserver un sort particulier aux salariés titulaires d'un CDD transférés en application de l'article L. 1224-3 du Code du travail⁶. Cette lacune va, à n'en pas douter, susciter un certain nombre de difficultés, tant le régime de la rupture du CDD prévue par le Code du travail est inadapté à l'hypothèse du refus par le salarié du contrat de droit public proposé par le nouvel employeur.

¹ Cass. soc., 7 juil. 1988, Bull. civ. V, n° 427 ; Cass. soc., 5 avr. 1989, RJS 1989, n° 421 ; Cass. Ass. plén. 18 nov. 1994, Gaz. Pal. 1995, p. 9, concl. JEOL ; Cass. soc., 9 déc. 1998, Bull. civ. V, n° 541 ; RJS 1999, n° 45.

² Art. L. 1234-1 du Code du travail.

³ Art. L. 1234-5, C. trav.

⁴ En ce sens, circ. du 19 nov. 2009, préc.

⁵ Loi n° 2005-843, du 26 juil. 2005, préc.

⁶ En ce sens, C. WOLMARK, préc.

La rupture anticipée d'un CDD ne peut résulter que de certaines causes limitativement énumérées par la loi. L'article L. 1243-1 du Code du travail énonce en effet que « *sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure* ». Le refus du salarié d'accepter le contrat de droit public proposé par la personne publique ne correspond à aucune de ces hypothèses. Certes, on peut objecter que l'article L. 1224-3 constitue une dérogation à l'article L. 1243-1 en ce qu'il institue un nouveau cas de rupture du CDD, une rupture de plein droit résultant du seul rejet du contrat de droit public. Cependant, cette objection, pour juridiquement valable qu'elle soit, ne répond aucunement aux questions relatives aux conséquences de cette rupture et notamment aux droits des salariés. Il semble que les développements relatifs à l'exécution du préavis ainsi qu'au versement de l'indemnité compensatrice de préavis relatifs aux salariés titulaires d'un CDI ne puissent être transposés aux salariés en CDD ayant refusé l'offre de contrat de droit public, ces dispositions étant seulement applicables en cas de licenciement et non à la rupture anticipée d'un CDD. La rupture consécutive au refus du salarié du contrat de droit public proposé ouvrirait droit simplement à l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8¹, ainsi qu'au bénéfice des allocations chômage la perte de l'emploi étant involontaire. Quant à l'hypothèse dans laquelle la personne publique ne ferait pas une offre de contrat de droit du public conforme à l'article L. 1224-3, sa condamnation au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse apparaît impossible à l'égard de salariés titulaires d'un CDD. Elle pourrait en revanche être condamnée par le conseil de prud'hommes, une fois l'illégalité de la proposition constatée par le juge administratif, à verser au salarié des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du CDD au titre de la rupture anticipée illégale du CDD en application de l'article L. 1243-4. Ni la loi, ni la circulaire n'envisageant les conséquences du rejet par un salarié titulaire d'un CDD du contrat de droit public proposé, il appartiendra à la Cour de cassation de les déterminer.

En tout état de cause, afin d'amoindrir l'impact sur la situation des salariés d'un transfert d'entreprise du privé vers le public, le droit social enjoint au nouvel employeur public de leur proposer un contrat de droit public reprenant, dans la mesure du possible, les clauses essentielles de leur contrat de droit privé initial. En cas de rejet de cette offre par les salariés, leur contrat prend fin de plein droit, impliquant l'application des dispositions relatives aux conséquences d'un licenciement pour motif personnel pour les salariés titulaires d'un CDI.

¹ Art. L. 1243-8 C. trav.

Les titulaires d'un CDD voient également ce dernier rompu de plein droit également en cas de refus. En revanche, les conséquences de cette rupture n'étant pas déterminées par le législateur, il appartiendra à la jurisprudence de combler, une fois de plus, ces lacunes, tout comme elle a été amenée à le faire en cas de transfert partiel impliquant une scission du contrat.

B - Le transfert partiel d'entreprise induisant un démembrement du contrat de travail.

719. De la scission impérative du contrat... Si le transfert de son contrat s'impose au salarié lorsque la restructuration est justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, il est admis à se soustraire à l'effet translatif impératif de ce texte lorsque le transfert implique, par lui-même, une modification de son contrat. Or une cession d'une partie seulement de l'entreprise peut induire en elle-même, au-delà de toute volonté du cessionnaire, une modification du contrat de travail des salariés affectés pour partie à l'entité objet de la cession. Pendant de nombreuses années, dans une telle hypothèse la Cour de cassation a admis la divisibilité du contrat du salarié placé dans une telle situation et lui imposait de « *passer au service de la seconde société pour la partie de l'activité qu'il consacrait au secteur cédé* »¹. Cette position jurisprudentielle obligeait donc le salarié à accepter, outre le changement d'employeur, une modification de son contrat puisqu'exécutant initialement un contrat de travail à temps plein, le salarié se retrouvait par le seul effet de la loi titulaire de plusieurs contrats de travail à temps partiel. Cette solution, présentait de nombreux inconvénients pratiques qu'il s'agisse de déterminer la proportion du contrat transférée², de la mise en œuvre de la division du contrat entre plusieurs employeurs ainsi que l'a mis en exergue le contentieux *Sonauto*³, ou encore de la situation du salarié amené à travailler pour

¹ Cass. soc., 22 juin 1993 ; Bull. civ. V, n° 171 ; Dr. soc. 1993, p. 769 ; RJS 1993, n° 844 ; en ce sens également Cass. soc., 24 juin 1998, n° 96-41.058, inédit ;

² Cass. soc., 8 juil. 2009, RJS 11/09, n° 835, dans lequel la Cour de cassation censure une Cour d'appel qui n'a pas vérifié quelle était la durée du travail effectuée par une salariée, affectée à plusieurs entités, avant le transfert dans l'entité cédée.

³ Cette affaire concernait la responsable du service juridique de la société Sonauto qui consacrait 40 % de son activité au sein de cette société à la commercialisation de véhicules de la société Chrysler. Cette dernière a repris cette commercialisation, les conditions de l'article L. 1224-1 étant réunies un contentieux naquit sur le transfert, ou non, du contrat de la salariée, contentieux qui donna lieu à de multiples arrêts de la Cour de cassation, V. Cass. soc. 2 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 770, obs. G. COUTURIER, dans lequel elle estima que le transfert pour partie du contrat s'imposait ; Cass. soc., 17 juin 2003, n° 02-43.321, dans lequel la Cour de Cassation jugea irrecevable le moyen critiquant l'arrêt d'appel d'ordonner la réintégration partielle chez le cessionnaire, l'irrecevabilité du moyen étant fondée sur le fait qu'il invitait la Cour « à revenir sur la doctrine de son précédent

une pluralité d'employeurs le plus souvent concurrents. Surtout, cette position jurisprudentielle était juridiquement contestable en ce qu'elle heurtait un certain nombre de règles nationales et européennes. Alors même que l'article L. 1224-1 du Code du travail impose le maintien des contrats sans modification, la scission du contrat ainsi réalisée avait pour conséquence de substituer à un contrat à temps plein plusieurs contrats à temps partiel. Imposer une telle modification du contrat au salarié semblait contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de l'article L. 1224-1. Contraindre les salariés à passer d'un contrat à temps plein à de multiples contrats à temps partiel va à l'encontre de la finalité de ce texte qui est d'assurer une stabilité contractuelle au salarié par-delà l'opération de transfert. De surcroît, cette solution faisait primer l'effet impératif et automatique de l'article L. 1224-1 sur la liberté contractuelle, en vertu de laquelle le contrat ne peut être modifié sans l'accord du salarié, ce qui est contraire à la directive dont l'article 4§2 impute à l'employeur la rupture consécutive à une modification du contrat résultant du transfert¹. Sans remettre totalement en cause le possible démembrement du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise, la Cour de cassation est, fort heureusement, revenue sur son impérativité et a sensiblement réduit les risques d'une telle éventualité en se référant au critère de l'affectation essentielle du salarié.

720. ... à la faculté accordée au salarié de s'opposer au démembrement de son contrat. Afin de remédier aux inconvénients pratiques de la fragmentation obligatoire du contrat ainsi qu'à ses incohérences juridiques, la Cour de cassation a attaqué le problème sous ses deux aspects dans deux arrêts rendus le 30 mars 2010². En premier lieu, afin d'éviter autant que faire se peut le démembrement du contrat de travail, la Cour de cassation s'est intéressée aux conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail en décidant que si le contrat s'exerce pour l'essentiel dans le secteur d'activité repris, il est transmis dans son ensemble au nouvel employeur, peu important que le salarié effectue certaines tâches dans un service resté aux mains du cédant³. En second lieu, et c'est ce qui nous intéresse principalement ici, la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence quant aux

arrêt » ; Cass. soc., 12 fév. 2008, RJS 4/08, n° 404, dans lequel la Cour juge sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour motif économique prononcé frauduleusement afin de faire obstacle à cette réintégration.

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc. De surcroît, dans l'arrêt *Botzen*, dont il ne faut pas exagérer la portée eu égard à son ancienneté, la CJUE exclut le transfert au cessionnaire des droits et obligations du cédant relatifs à une partie seulement des contrats des salariés, qui sans être affectés à l'entité cédée, exécutaient pour son compte certaines tâches. CJCE, 7 fév. 1985, aff. C-186/83, *Botzen*, pt. 16 préc. ; en ce sens, M.-H. CHEZLEMAS, « Le transfert partiel du contrat n'est plus automatique », *SSI* 2010, n° 1456, p. 11 ; pour une interprétation en sens contraire de l'arrêt *Botzen* V. B. BOUBLI, « Le sort des contrats de travail lorsque l'entreprise disperse ses activités », *Gaz. pal.* 2010, n° 163, p. 15.

² Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42.065, préc. et n° 08-44.227.

³ Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42.065, préc. ; sur la condition d'affectation du salarié à l'entité transférée.

conséquences d'un transfert partiel d'entreprise sur la situation des salariés affectés pour partie à l'entité cédée en mettant fin à l'impérativité de la scission du contrat induite par la restructuration. Elle a ainsi affirmé que « *lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer ; (...) il appartient alors au cessionnaire, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement ; (...) à défaut, le salarié peut poursuivre la résiliation judiciaire du contrat, laquelle produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans préjudice du recours éventuel entre employeurs successifs* »¹. La Cour de cassation délivre ainsi un *vade-mecum* des conséquences du transfert partiel du contrat de travail qui laisse pour autant subsister certaines zones d'ombre.

Ainsi, si le transfert de la partie du contrat exécutée par le salarié pour le compte de l'entité cédée reste impératif à l'égard de toutes les parties, une fois opéré, le salarié dispose du droit de s'opposer à la modification de son contrat qui en résulte. Si le transfert partiel de son contrat s'impose au salarié, la modification contractuelle qu'il induit peut quant à elle être refusée par le salarié dont la liberté contractuelle est ainsi préservée. Si la Cour de cassation accorde donc au salarié un droit au refus de la modification de son contrat à temps plein en contrats à temps partiel, elle n'en définit pas pour autant les modalités d'exercice, qu'il s'agisse du délai dans lequel l'opposition doit être exprimée, des formes exigées, etc. Si le salarié accepte la modification, son contrat de travail à temps plein se trouve scindé en plusieurs contrats de travail à temps partiel. En revanche, s'il la refuse, la Cour de cassation offre au nouvel employeur une option : soit il « *formule de nouvelles propositions* », l'expression est vague, mais la jurisprudence semble instaurer en quelque sorte une obligation de négociation du contrat, soit il tire « *les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement* ». À l'instar de la personne morale de droit public gérant un SPA reprenant une entité issue du secteur privé, il appartient donc à l'employeur de rompre le contrat si le salarié refuse la modification induite par le transfert ou les propositions faites par le nouvel employeur. Le dispositif ainsi institué par la Cour de cassation n'est pas sans rappeler celui de l'article L. 1224-3 du Code du travail. Il n'a d'ailleurs rien à lui envier en termes d'incertitudes.

¹ Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44.227, Dr. soc. 2010, p. 856, obs. A. MAZEAUD ; JCP S 2010, 1297, note P. MORVAN ; M.-H. CHEZLEMAS, art. préc.

721. La persistance d'incertitudes. La Cour de cassation dans l'arrêt du 30 mars 2010 invite le cessionnaire, en cas de rejet de ses propositions, à procéder au licenciement sans qualifier ce dernier. Le parallèle avec le mécanisme de l'article L. 1224-3 et la jurisprudence qui en découle laisse à penser que cette rupture serait un licenciement *sui generis* dont la cause réelle et sérieuse reposerait sur le refus des propositions contractuelles effectuées, à condition qu'elles respectent le principe de bonne foi¹. Dès lors que la proposition contractuelle, sérieuse et loyale, du nouvel employeur est rejetée par le salarié, son licenciement peut être prononcé, le refus du salarié constituant une cause réelle et sérieuse de rupture. Le cessionnaire devra alors verser une indemnité de licenciement à proportion du salaire correspondant à la part du contrat transféré. En outre, l'employeur ne saurait exiger l'exécution du préavis, le salarié ayant refusé tant la modification induite par le transfert que les propositions d'aménagement contractuel effectuées. Il devra en revanche verser l'indemnité compensatrice de préavis, toujours à proportion de la part du contrat transféré, le refus du salarié n'étant nullement fautif. La position ainsi adoptée dans cet arrêt par la Cour de cassation est donc enfin conforme à l'article 4§2 de la directive puisqu'elle impute à l'employeur la rupture résultant d'une modification du contrat induite par le transfert. De même, la liberté contractuelle du salarié est en partie préservée puisqu'il a désormais le droit de s'opposer, non pas au transfert, toujours automatique et impératif, mais à la modification qu'il implique. Faute pour le cessionnaire de se conformer aux prescriptions jurisprudentielles, le salarié pourra demander en justice la résiliation de son contrat qui produira alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse². Il devrait en aller de même s'il prend acte de la rupture du fait de l'inertie du nouvel employeur³. La passivité de ce dernier qu'il s'agisse de formuler de nouvelles propositions ou de mettre en œuvre la procédure de licenciement en cas de refus du salarié de ces dernières, se traduit donc par une rupture du contrat aux torts de l'employeur.

722. L'énigmatique recours entre employeurs. Dans cet arrêt du 30 mars 2010, la Cour de cassation réserve la possibilité, pour le moins sibylline, d'un « *recours éventuel entre les employeurs successifs* »⁴. Le cessionnaire condamné à verser des dommages et intérêts suite au prononcé de la résiliation judiciaire du contrat à ses torts pourrait donc se retourner

¹ V. en ce sens A. MAZEAUD, obs. préc.

² Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44.227, préc.

³ À l'instar de ce qui a été décidé par la Cour de cassation en matière de transfert du privé vers un service public à caractère administratif, V. Cass. soc., 16 déc. 2008, préc.

⁴ Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44.227, préc.

contre le cédant afin d'obtenir une contribution de ce dernier. Le recours ainsi envisagé laisse le commentateur perplexe¹. En effet, à quel titre le cédant, qui n'a fait qu'exercer sa liberté d'entreprendre en se séparant d'une partie de son entreprise, pourrait-il être condamné à rembourser au cessionnaire une fraction des dommages et intérêts résultant du prononcé de la résiliation judiciaire aux torts de ce dernier ? La solution retenue est pour le moins critiquable en ce qu'elle conduirait à un partage de responsabilité entre employeurs successifs, alors même que les dommages et intérêts alloués au salarié sanctionnent la faute commise par le cessionnaire seul. Comment expliquer au cédant qu'il doit contribuer aux dommages et intérêts auxquels a été condamné son successeur pour n'avoir pas respecté ses propres obligations ? Sur quel fondement un tel recours pourrait-il avoir lieu ? Il semble nécessaire que le mystère qui entoure cet éventuel recours entre employeurs successifs soit éclairci au plus vite par la Cour de cassation.

Mise à part la référence critiquable à ce recours entre employeurs, la solution retenue par la Cour de cassation dans cet arrêt doit être approuvée en ce qu'elle est davantage conforme tant à la lettre qu'à l'esprit de l'article L. 1224-1 du Code du travail et de la directive du 12 mars 2001. Pour autant, il serait opportun que le législateur se saisisse de cette question afin de définir un véritable régime juridique des conséquences du transfert partiel d'entreprise lorsqu'il induit une éventuelle scission du contrat des salariés affectés pour partie à l'entité cédée. Dans l'attente d'une hypothétique intervention législative, les employeurs sont tenus de se plier aux principes dégagés par la jurisprudence : dès lors qu'un transfert partiel induit une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de la refuser. Il appartient alors au cessionnaire de formuler de nouvelles propositions contractuelles et, en cas de rejet de ces dernières par le salarié, de procéder à son licenciement. À défaut, la rupture du contrat lui sera imputée et produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; un éventuel recours, juridiquement infondé et particulièrement critiquable, contre son prédécesseur lui est réservé par la Cour de cassation².

Ainsi, lorsque on est en présence du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie et l'identité maintenue mais que le transfert induit en lui-même une modification du contrat résultant, par exemple, du passage du privé vers un SPA ou d'une

¹ En ce sens, P. MORVAN, note préc. ; B. BOUBLI, art. préc.

² Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44.227, préc.

scission du contrat en cas de cession partielle d'entreprise, le transfert s'impose toujours au salarié mais il lui est toutefois permis de s'opposer à ses conséquences. Si l'impérativité du transfert s'exerce toujours à l'encontre du salarié dont le contrat est automatiquement transmis au nouvel employeur, il peut en revanche refuser la modification du contrat impliquée par la restructuration elle-même et étrangère à toute volonté du cessionnaire. Le rejet de cette modification entraînera alors l'imputation de la rupture du contrat au nouvel employeur.

Garantir aux salariés la survie de leur contrat par-delà l'opération de restructuration constitue le premier rempart posé par le législateur pour atténuer les effets potentiellement néfastes de ces opérations sur l'emploi des salariés. Cependant, le droit social ne s'est pas limité à protéger la situation contractuelle des salariés, il s'est également préoccupé de leur situation financière en mettant en places divers mécanismes pour que leurs créances salariales, par essence alimentaires, soient honorées en dépit de la restructuration. Le droit social a donc institué des dispositifs de solidarité pour que de telles opérations ne puissent être le prétexte d'un non-paiement des créances salariales.

Sous-section II : La préservation de la situation financière des salariés par delà la restructuration.

À défaut de pouvoir agir sur les décisions de restructuration arrêtées par la direction de l'entreprise, le droit social s'efforce d'en amoindrir les impacts potentiellement nuisibles sur la situation des salariés. À cette fin, il assure la stabilité de leur emploi lorsque la restructuration relève des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail en imposant au repreneur de poursuivre les contrats de travail. Toutefois, le droit social ne se contente pas d'instaurer la pérennité de la situation contractuelle des salariés, il préserve aussi leur situation financière en instituant une solidarité entre employeurs successifs. Eu égard au caractère par essence alimentaire des créances salariales, il est en effet capital qu'elles soient honorées en dépit de la mise en œuvre d'une restructuration. À ce titre, l'article L. 1224-2 du Code du travail dispose que « *le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombait à l'ancien employeur à la date de la modification* ». Une solidarité légale entre employeurs successifs est donc mise en place afin de garantir aux salariés le paiement des créances antérieures à la restructuration en dépit de la substitution d'employeurs. Cependant, le champ d'application de cette solidarité est limité au transfert d'entreprise *in bonis* intervenu dans le cadre d'une convention conclue entre les employeurs successifs. L'article L. 1224-2 exclut en effet de son champ d'application les opérations intervenues dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre du cédant, afin d'éviter que la solidarité légale entre employeurs ne décourage les candidats à la reprise d'entreprises en difficulté, dont le passif à l'égard des salariés peut être important.

Cependant, afin de ne pas laisser les salariés de l'entreprise en difficulté face à un employeur cédant *a priori* exsangue et partant dans l'incapacité d'honorer ses engagements à leur égard, des privilèges spéciaux ont été instaurés. Par ailleurs, le législateur de 1973¹, précédant sur ce point son homologue européen², a institué une assurance contre le risque d'insolvabilité de l'employeur reposant sur une solidarité de l'ensemble des employeurs, au niveau national : l'AGS. Financée uniquement par des cotisations patronales, elle a donc pour

¹ Loi n° 73-1194, du 27 déc. 1973, tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail, JORF du 30 déc. 1973, p. 14145.

² Dir. n° 80/987/CEE, du 20 oct. 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JOCE 28 oct. 1980.

but de garantir les salariés contre le risque d'insolvabilité de leur employeur en assurant la couverture des créances salariales dues par ce dernier.

Le droit social s'évertue donc à atténuer les effets dévastateurs que pourraient avoir les restructurations sur la situation des salariés en assurant non seulement la pérennité de leur situation contractuelle, mais aussi le paiement des dettes antérieures à l'opération. En cas de reprise d'une entreprise *in bonis*, dans le cadre d'une convention conclue entre employeurs successifs, il organise donc une solidarité légale entre eux afin d'assurer le paiement des créances salariales antérieures au transfert (§1). De surcroît, le droit social ne pouvant ignorer le risque de non-paiement de ces créances dans l'hypothèse d'une procédure collective, la solidarité nationale de l'ensemble des employeurs prend le relais par le biais de l'AGS qui garantit, dans les limites fixées par le législateur, le paiement des créances antérieures (§2).

§ 1 - La solidarité entre employeurs successifs.

723. L'article L. 1224-2 du Code du travail dispose que « *le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification, sauf dans les cas suivants :*

1° Procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ;

2° Substitution d'employeurs survenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci.

Le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux. ». Ce texte institue donc une solidarité légale entre employeurs successifs au profit des salariés afin d'assurer le règlement de leurs créances antérieures au transfert. Si ce texte détermine son champ d'application et prévoit des exceptions à la solidarité entre employeurs successifs, elles sont interprétées strictement par la jurisprudence (A). Si l'article L. 1224-2 du code du travail oblige le cessionnaire à honorer certaines obligations de son prédécesseur, ce dernier n'en reste pas moins le débiteur principal, et n'est dès lors pas à l'abri d'une action dirigée directement contre lui par le salarié, ni d'un recours en remboursement de son successeur. En effet, ce texte instaure une solidarité légale, non une délégation de créance parfaite, obligeant le nouvel employeur à garantir certaines dettes de son prédécesseur contre lequel il pourra se retourner (B).

A - Les exceptions à la solidarité entre employeurs successifs strictement interprétées.

724. L'article L. 1224-2 du Code du travail écarte la solidarité légale entre employeurs successifs lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du cédant, ou en l'absence de convention conclue entre eux. Toutefois, la Cour de cassation a une interprétation relativement restrictive de ces exceptions à la solidarité légale entre employeurs successifs. Ainsi, la Cour de cassation cantonne l'exception relative à l'ouverture d'une procédure collective aux seules hypothèses dans lesquelles la procédure a été ouverte avant le transfert et à condition qu'il soit intervenu dans le cadre de cette procédure. En revanche, si la procédure collective est ouverte à l'encontre du premier employeur après que le transfert a eu lieu, la solidarité légale instituée par l'article L. 1224-2 du Code du travail s'applique¹. Par ailleurs aux termes de cet article, le cessionnaire ne saurait être tenu d'assumer les dettes de son prédécesseur en l'absence de lien conventionnel les unissant, ce qui correspond le plus souvent à des hypothèses de perte de marché, de rupture de contrat de concession ou de distribution commerciale². Toutefois, la Cour de cassation interprète strictement l'absence de convention entre employeurs successifs. Ainsi, si elle a pu par le passé décider que la rupture d'un contrat de location-gérance suivie de la conclusion d'un autre avec une société tierce était exclusive d'une convention entre les locataires-gérants successifs, et partant échappait à la solidarité légale entre employeurs³, elle est depuis revenue sur cette position. Elle considère désormais que l'application de l'article L. 1224-2 du Code du travail n'implique pas obligatoirement qu'une convention soit conclue directement entre le premier et le dernier employeur ; une chaîne de contrats est suffisante pour que la solidarité légale entre employeurs successifs joue⁴.

Lorsque la modification dans la situation juridique est intervenue en dehors d'une procédure collective, et qu'une convention ou une chaîne de contrats lie les employeurs

¹ Cass. soc., 24 sept. 2002, Bull. civ. V, n° 274 ; JCP E 2003, 68, note L. FIN-LANGER.

² Ainsi, la solidarité instituée par l'article L. 1224-2 du Code du travail n'a pas vocation à s'appliquer lorsque la reprise de l'exploitation par le nouveau concessionnaire résulte d'une décision unilatérale de l'autorité concédante, faute de convention entre employeurs successifs, en ce sens Cass. soc., 18 nov. 1992, Bull. civ. V, n° 549 ; Dr. soc. 1993, p. 65 ; RJS 1/93, n° 9. De même, la reprise en gestion directe par une grande surface d'un stand de produits de charcuterie à la marque d'une autre société installée dans le magasin ne relève pas de l'application de ce texte, Cass. soc., 9 avr. 1987, Bull. civ. V, n° 199.

³ Cass. soc., 18 juin 2002, RJS 11/02, n° 1205.

⁴ Cass. soc., 24 sept. 2002, préc.

successifs, le dernier employeur est donc tenu d'honorer les obligations qui incombait à son prédécesseur à la date du transfert. Restent à déterminer les obligations garanties au titre de la solidarité légale instituée par l'article L. 1224-2.

B - Les obligations garanties au titre de la solidarité légale.

725. Lorsqu'une convention ou une chaîne de contrats lie les employeurs successifs, et que le transfert justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail n'a pas été décidé dans le cadre d'une procédure collective, le cessionnaire est tenu de répondre des dettes de son prédécesseur à l'égard des salariés à la date de la restructuration. L'article L. 1224-2 n'organise toutefois pas une délégation de créances parfaite ; il institue un mécanisme de solidarité légale entre employeurs successifs afin de garantir au salarié le paiement effectif de ses créances salariales antérieures au transfert en multipliant les débiteurs. À ce titre, rien n'empêche le salarié d'exercer une action directe en paiement à l'encontre du cédant, débiteur principal¹ ; aucune convention entre les employeurs conférant un effet rétroactif à la cession ne saurait lui être opposée. Par ailleurs, afin d'éviter tout enrichissement sans cause du cédant, l'article L. 1224-2 du Code du travail dispose *in fine* que « *le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux* ». L'article L. 1224-2 ne concerne que les dettes antérieures à la restructuration relatives au contrat des salariés transférés en application de L. 1224-1 du Code du travail. Dès lors, si un salarié protégé licencié sans autorisation se borne à solliciter une indemnisation, sans demander sa réintégration, la société cessionnaire ne saurait être tenue des obligations incombant au précédent employeur puisque le contrat ne lui a pas été transféré². En revanche, dans une telle hypothèse, si le salarié demande sa réintégration, le nouvel employeur sera tenu

¹ Cass. soc., 3 avr. 1991, Bull. civ. V, n° 164 ; Cass. soc., 12 fév. 1992, RJS 1992, n° 294 ; Cass. soc., 24 fév. 2004, RJS 5/04, n° 506 ; Cass. soc., 17 oct. 2007, n° 06-41.646, CSB n° 196, p. 55, obs. C.C. ; Cass. soc., 3 mars 1998, Bull. civ. V, n° 116 ; Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 09-70.758, inédit. Il convient de signaler que la Cour de cassation estime que par l'effet de l'article L. 1224-2 du Code du travail, le salarié peut invoquer à l'appui de ses demandes présentées à l'encontre du nouvel employeur, des manquements du cédant aux obligations résultant du contrat de travail, la fin de non-recevoir tirée du principe de l'unicité de l'instance ne s'opposant qu'au droit d'agir de l'intéressé contre la société cédante ; en ce sens, Cass. soc., 1^{er} oct. 2014, n° 13-16.124, inédit.

² Cass. soc., 28 oct. 1996, Bull. civ. V, n° 354 ; Dr. soc. 1997, p. 263, obs. M. COHEN ; RJS 1996, n° 1286. De même, bien que tiers à la transaction conclue entre le cédant et un salarié protégé à la suite de l'annulation de l'autorisation administrative de son licenciement, le nouvel employeur peut se prévaloir de la clause de la transaction dans laquelle le salarié renonce à être réintégré ; en ce sens Cass. soc., 20 nov. 2013, n° 10-28.582, à paraître au Bulletin.

d'y procéder, sauf impossibilité matérielle, puisque l'annulation du licenciement étant rétroactive le contrat de travail n'a en théorie jamais été rompu et a donc été transféré avec l'entité.

726. Obligations garanties. L'article L. 1224-2 du Code du travail n'a vocation à intervenir qu'entre employeurs successifs et salariés. Ainsi, le cédant ne peut invoquer ce texte pour tenter de se soustraire à ses obligations à l'égard des URSSAF et doit donc s'acquitter du paiement des cotisations sociales¹. Pour ce qui concerne les obligations garanties par ce texte, il recouvre l'ensemble des dettes de salaire antérieures au transfert², mais aussi les indemnités de congés payés³, étant entendu que le nouvel employeur ne conserve pas à sa charge la part de l'indemnité de congés payés correspondant à la période pendant laquelle le salarié était au service de son prédécesseur, débiteur principal de cette fraction⁴. De même, le paiement de différentes primes incombe au cessionnaire dès lors que le droit du salarié naît après la restructuration, peu important leur date d'exigibilité ou la période d'emploi à laquelle elles se rapportent⁵. Toutefois, le nouvel employeur dispose d'un recours contre son prédécesseur en vertu de l'article L. 1224-2 afin d'obtenir le remboursement de la fraction de la prime correspondant à la période pendant laquelle le salarié était à son service⁶.

727. Prise en charge de certaines dettes de responsabilité civile. On a pu s'interroger sur l'application de l'article L. 1224-2 du Code du travail aux créances indemnitaires des salariés contre leur ancien employeur. S'il semble inopportun d'imposer au cessionnaire de régler les dettes de son prédécesseur résultant d'une condamnation dans le cadre d'une action en responsabilité civile délictuelle en ce que ces sommes, destinées à réparer le préjudice du salarié, revêtent un caractère trop personnel, il en va différemment lorsque la créance

¹ Cass. soc., 9 nov. 1995, Dr. soc. 1996, p. 105, obs. A. MAZEAUD ; RJS 1996, n° 66.

² Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.722, inédit, relatif à des rappels de salaires résultant de la classification du salarié sur les cinq dernières années et de l'accomplissement d'heures supplémentaires ; Cass. soc., 6 avr. 2011, JCP S 2011, 1327, note C. PUIGELIER.

³ Cass. soc., 12 janv. 1956, Bull. civ. IV, n° 36 ; Cass. soc., 17 oct. 1979, Bull. civ. V, n° 731 ; Cass. soc., 8 juil. 1980, Bull. civ. V, n° 614 ; Cass. soc., 26 mai 1982, Bull. civ. V, n° 345 ; Cass. soc., 17 janv. 1989, Bull. civ. V, n° 30 ; Cass. soc., 6 fév. 1996, RJS 1996, n° 251.

⁴ Cass. soc., 2 fév. 1984, D 84, jurisp. 321, 2^{ème}, 3^{ème} et 4^{ème} esp., concl. G. PICCA ; Cass. soc., 4 mai 1984, Bull. civ. V, n° 175 ; Cass. soc., 22 juil. 1985, Bull. civ. V, n° 423 ; Cass. soc., 14 mai 1987, Bull. civ. V, n° 305 ; Cass. soc., 7 mars 1990, Bull. civ. V, n° 280 ; RJS 1990, n° 280, dans le cadre d'une application volontaire de L. 1224-1.

⁵ Cass. soc., 28 mars 1989, Bull. civ. V, n° 262 ; RJS 1989, n° 412 ; Cass. soc., 18 nov. 1992, RJS 1/93, n° 8 ; Cass. soc., 14 mai 1997, Bull. civ. V, n° 171, relatif à prime de treizième mois ; Cass. soc., 8 juil. 1982, Bull. civ. V, n° 473, à propos d'une prime de vacances ; en ce sens aussi, Cass. soc., 18 nov. 1992, préc.

⁶ Cass. soc., 8 nov. 1988, Bull. civ. V, n° 572, à propos d'une prime de treizième mois dans le cadre d'une application volontaire ; Cass. soc., 28 mars 1989, Bull. civ. V, n° 262, à propos d'une prime d'ancienneté.

indemnitaire résulte d'une faute contractuelle du cédant. La Cour de cassation décide ainsi qu'il incombe au nouvel employeur de payer une créance de dommages et intérêts « *conséquence d'un manquement du cédant aux obligations résultant du contrat de travail* »¹ ; il pourra toutefois exercer un recours en remboursement contre son prédécesseur.

Afin de déterminer quel employeur est le débiteur principal tenu de contribuer définitivement à la dette, il est capital de savoir si la créance est née avant ou après la restructuration. À ce titre, en cas de requalification d'un CDD en CDI, la Cour de cassation distingue les indemnités liées à la rupture du contrat qui sont à la charge du cessionnaire si le terme du CDD illégal est survenu après le transfert, de l'indemnité de requalification qui pèse pour sa part sur le cédant ayant conclu le contrat illicite². Certes le cessionnaire n'a pas décidé de « licencier le salarié » ayant conclu un CDD illégal, pour autant, la rupture lui est imputable et, comme le souligne Antoine MAZEAUD, « *c'est donc au jour où le contrat est arrivé faussement à son terme, alors que la relation de travail n'a pas été poursuivie, qu'il convient de se placer pour déterminer la naissance de la dette* »³. Le cessionnaire doit donc payer au salarié les indemnités dues au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse du « licenciement », sans pouvoir se retourner contre le cédant sur le fondement de l'article L. 1224-2 du Code du travail. Cependant, un appel en garantie contre l'ancien employeur pourrait être fondé selon les mécanismes du droit commun, la responsabilité civile du cédant étant susceptible d'être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. À l'inverse, les indemnités de requalification-sanction du CDD en CDI naissant à la conclusion du contrat, le cessionnaire sera certes tenu de les verser au salarié mais pourra en exiger le remboursement à son prédécesseur en application de l'article L. 1224-2⁴. Il est donc particulièrement important de connaître la date de naissance de la créance pour déterminer d'une part si elle relève, ou non, de l'application de L. 1224-2 du Code du travail et, d'autre part, quel employeur en est le débiteur principal sur lequel pèse sa charge définitive.

728. Recours du cessionnaire contre le cédant. Le recours dont dispose le cessionnaire à l'encontre du cédant pour obtenir le remboursement des créances salariales qu'il a assumées en application de l'article L. 1224-2 du Code du travail, relève soit de la

¹ Cass. soc., 14 mai 2008, JCP S 2008, 1521 et JCP E 2008, 2308, notes A. MARTINON.

² Cass. soc., 7 nov. 2006, Bull. civ. V, n° 324 ; Dr. soc. 2007, p. 246, obs. A. MAZEAUD ; D. 2006, IR 2946 ; RJS 2007, n° 64.

³ A. MAZEAUD, obs sous Cass. soc., 7 nov. 2006, préc. ; sur la question de la date de naissance des dettes, V. R. VATINET, « La date de naissance des créances en droit du travail », in « La date de naissance des créances », sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, LPA nov. 2004, n° spécial.

⁴ Cass. soc., 16 mars 2011, n° 09-69-945, JCP S 2011, 1559, obs. F. BOUSEZ.

juridiction commerciale, s'il est exercé à titre personnel sur le fondement de ce texte, soit de la compétence du conseil des prud'hommes, s'il est fondé sur l'article 1251 du Code civil, le nouvel employeur étant subrogé dans les droits des salariés. Pour mémoire, l'action en remboursement du nouvel employeur contre son prédécesseur n'est ouverte qu'à la condition que la charge de ces dettes n'ait pas été prise en compte dans la convention qu'ils ont conclue. Le recours en garantie doit être exercé spécialement contre le cédant puisque la condamnation prud'homale du cessionnaire au paiement des créances antérieures au transfert n'a pas autorité de chose jugée à l'égard de la demande formée devant la juridiction commerciale contre le cédant¹.

Assurer aux salariés le paiement des créances nées avant le transfert grâce à une solidarité légale entre employeurs successifs contribue donc à minimiser le risque d'impayés postérieur à une restructuration. Cette solidarité légale mise en œuvre par le droit social participe de la protection des salariés face aux effets potentiellement néfastes de ces opérations sur leur situation personnelle. Pour autant, cette solidarité n'est instaurée qu'en cas de transfert d'entreprise *in bonis* ayant fait l'objet d'une convention entre employeurs successifs. Dans l'hypothèse d'un transfert intervenant dans le cadre d'une procédure collective, outre l'octroi de privilèges aux salariés, le droit social institue un autre type de solidarité : une solidarité nationale entre employeurs, tenus de cotiser au régime d'assurance contre le non-paiement des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur. Ainsi, en cas de procédure collective, les créances salariales ne sont pas honorées par le cessionnaire, elles le seront par l'AGS, le plus souvent seulement partiellement.

¹ Cass. soc., 25 sept. 1990, Bull. civ. V, n° 38.

§ 2 - La protection de la situation financière des salariés en cas de procédure collective.

Nombre de restructurations étant décidées dans le cadre d'une procédure collective, le droit social ne pouvait ignorer la situation particulièrement délicate des salariés des entreprises en difficulté. Afin d'amoindrir les conséquences, le plus souvent dramatiques, de l'ouverture d'une procédure collective sur la situation des salariés, le droit social a mis en place divers dispositifs afin de préserver, autant ce que faire se peut, leurs intérêts financiers. Le caractère alimentaire des créances salariales a ainsi conduit le législateur dès 1838 à offrir aux salariés des privilèges assurant, dans la mesure du possible, leur paiement¹. Les salariés bénéficient en sus d'un régime spécifique leur permettant d'échapper à la rigueur de la procédure collective. Alors que l'ouverture d'une telle procédure emporte interdiction de désintéresser les créanciers antérieurs qui doivent se soumettre à la procédure de déclaration des créances, les salariés sont placés dans une situation nettement plus favorable du fait notamment des privilèges spéciaux qui leur sont octroyés (A). Cependant, si ces privilèges constituent un avantage notable pour les salariés, il se trouve réduit à néant lorsque le débiteur, leur employeur, ne dispose d'aucun fonds pour assurer le paiement des créances privilégiées. Conscient de la situation souvent alarmante dans laquelle se trouvent les salariés titulaires de créances de salaire qui, bien que privilégiées, ne peuvent être honorées du fait de l'insolvabilité de leur employeur, le droit social a, dès 1973², mis en place un régime de garantie du paiement des salaires par le truchement de l'AGS (B).

¹ La loi du 28 mai 1838 a conféré aux salariés le bénéfice du privilège général mobilier qui jusque-là leur été refusé, ce privilège étant réservé aux seuls domestiques au sens strict ; V. A. BOYER, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, thèse sous la dir. de D. PORRACHIA, PUAM 2006, n° 154.

² Loi n° 73-1194, du 27 déc. 1973, préc.

A - Les privilèges octroyés aux salariés.

Outre le privilège général offert à toute créance née après le jugement d'ouverture de la procédure collective, dit « privilège de l'article 40 »¹ et certaines sûretés particulières², les salariés bénéficient du privilège général des salaires (1) d'une part, et du superprivilège, d'autre part (2).

1 - Le privilège général des salaires.

729. Créances garanties. Afin que les salariés échappent à la situation particulièrement défavorable de créanciers chirographaires, un privilège général des salaires sur les meubles et immeubles du débiteur a été instauré. Ainsi l'article L. 3253-1 du Code du travail dispose que « *Les créances résultant du contrat de travail sont garanties dans les conditions prévues au 4° de l'article 2331 et au 2° de l'article 2375 du code civil, relatifs aux privilèges sur les biens mobiliers et immobiliers du débiteur.*

En outre, en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, elles sont garanties, conformément aux articles L. 625-7 et L. 625-8 du code de commerce, dans les conditions prévues aux articles L. 3253-2 à L. 3253-21. ». Ainsi, tous les salaires, mais également les rémunérations accessoires ayant la nature de salaire telles les primes dues en application d'une disposition légale ou conventionnelle ou les sommes dues au titre de l'intéressement sont couvertes par le privilège. Ne bénéficient toutefois du privilège que « *les rémunérations pour les six derniers mois* ». Le point de départ de ce délai n'est pas obligatoirement le jugement d'ouverture, il est possible que ce délai coure à compter du jour où le contrat de travail a pris fin, si cette date est antérieure audit jugement³. Relèvent également du privilège général des salaires les indemnités dues aux salariés en application de leur contrat⁴. Le délai de six mois fixé par les articles 2331 4° et 2375 2° du Code civil ne

¹ Sur ce privilège octroyé à tous les créanciers postérieurs par les articles L. 622-17 dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ou de sauvegarde et L. 641-13 dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 995 et s.

² Sur les sûretés particulières octroyées à certaines catégories de salariés, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 1000.

³ Cass. soc., 15 mars 1983, Bull. civ. V, n° 159 ; D 1983, IR p. 102, note A. HONORAT.

⁴ Il en va ainsi des indemnités de congés payés, de préavis (art. L. 1234-5 C. trav.), de licenciement (légale ou conventionnelle), à l'exclusion d'une indemnité contractuelle de licenciement aucune extension du privilège n'étant admise (CA Paris, 9 mai 1985, D. 1986, IR p. 100, obs. A. HONORAT, cette solution repose sur la volonté d'éviter les stipulations abusives d'indemnités élevées.), l'indemnité de fin de CDD (art. L. 1243-8 C. trav.), ou encore de fin de mission en cas de contrat de travail temporaire (art. L. 1251-32 C. trav.).

s'applique toutefois qu'aux rémunérations à l'exclusion des différentes indemnités¹. L'indemnité de licenciement est toutefois soumise à un régime spécifique puisque seule la part de cette indemnité inférieure ou égale à deux fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale (soit 6 258 euros) bénéficie intégralement du privilège². La fraction supérieure à ce plafond n'est quant à elle privilégiée que dans la limite du quart. Bénéficient également du privilège général les indemnités résultant d'une rupture illégale du contrat de travail qu'il s'agisse des dommages et intérêts octroyés en cas de rupture illicite de CDD³, de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou de rupture illicite du contrat d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle⁴.

730. Assiette et rang du privilège. Si le privilège général des salaires jouit d'une assiette large en ce qu'il porte à la fois sur les biens mobiliers et immobiliers du débiteur, il n'est en revanche pas particulièrement bien placé en ce qu'il est primé par d'autres créances privilégiées. Ainsi, le privilège général des salaires sur les meubles n'est situé qu'au quatrième rang, primé par tous les privilèges spéciaux mais surtout par les frais de justice ce qui réduit considérablement son efficacité⁵. Si le privilège général des salaires sur les immeubles l'emporte sur « *les autres créanciers privilégiés sur l'immeuble* »⁶ tels que les privilèges spéciaux immobiliers et hypothèques, il est aussi primé par les frais de justice.

Le rang relativement peu protecteur du privilège général des salaires a amené le législateur à instituer au bénéfice des salariés d'une entreprise en difficulté un superprivilège.

¹ Cass. soc., 6 nov. 1968, Bull. civ. V, n° 484, à propos de l'indemnité de délai-congé ; Cass. soc., 5 fév. 1969, Bull. civ. V, n° 76, relatif à l'indemnité de congés payés.

² Art. L. 3253-2, al. 2, C. trav. L'arrêté du 7 novembre 2013 a fixé à 3 129 euros le plafond mensuel de la sécurité sociale pour l'année 2013, A. du 7 nov. 2013 portant fixation du plafond de la sécurité sociale pour 2014, JO du 19 nov. 2013, p. 18729.

³ Art. L. 1243-4 C. trav.

⁴ Art. 2331, 4° et 2375, 2° C. civ. qui font toujours référence à l'ancienne codification.

⁵ À noter également que le désintéressement des salariés est primé par les frais funéraires et de dernière maladie, art. 2331 C. civ.

⁶ Art. 2376 C. civ.

731. Créances superprivilégiées. L'article L. 3253-2, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose que « *lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire est ouverte, les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail sont, déduction faite des acomptes déjà perçus, payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel* ». Le superprivilège ainsi offert aux salariés, assis sur les meubles et les immeubles du débiteur, est donc particulièrement protecteur en ce qu'il l'emporte sur tous les autres y compris le privilège d'argent frais¹ et le « privilège de l'article 40 », à l'exception toutefois des sûretés hors concours ou hors classement (droit de rétention par exemple), des sûretés propriété (clause de réserve de propriété), des actions directes ou encore de l'attribution judiciaire de gage. Les articles L. 3253-3 et L. 3253-4 du Code du travail dressent la liste des créances garanties au titre du superprivilège. Il s'agit peu ou prou des mêmes sommes que celles garanties au titre du privilège général des salaires à l'exclusion toutefois de l'indemnité de licenciement. Sont également couvertes au titre du superprivilège les contributions dues par l'employeur au titre d'un contrat de sécurisation professionnelle². Ne sont garanties que les créances nées dans les soixante jours qui précèdent le jugement d'ouverture³ ou la rupture du contrat si celle-ci lui est antérieure⁴. Le montant des sommes garanties par le superprivilège est plafonné en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 3253-2. Ce plafond fixé par voie réglementaire ne saurait être inférieur à deux fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des cotisations sociales et ce, pour les soixante jours ce qui revient à quatre fois le plafond mensuel de la sécurité sociale soit 12 516 euros. Les créances de congés payés bénéficient quant à elles d'un plafond autonome égal à deux fois le plafond précité⁵.

¹ La loi du 26 juillet 2005 (n° 2005-845 préc.) a institué le privilège « d'argent frais » à l'article L. 611-11 du Code de commerce octroyé aux personnes qui, dans le cadre de l'accord homologué à l'issue de la procédure de conciliation, ont consenti un « nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité ».

² Il en va de même des contributions dues par l'employeur au titre de la convention de reclassement personnalisé et du contrat de transition professionnelle, dispositifs précédant le contrat de sécurisation professionnelle issu de la loi n° 2011-893, du 28 juil. 2011, pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, JORF, du 29 juil. 2011, p. 12914.

³ Il convient de signaler que, s'agissant des VRP, cette période garantie par le superprivilège correspond aux quatre-vingt-dix derniers jours de travail en application de l'article L. 7313-8 du Code du travail.

⁴ Cass. soc., 25 oct. 1972, D. 1973, jurispr. p. 218 ; Cass. soc., 15 mars 1983, préc. ; sont exclues du bénéfice du superprivilège les salaires dus pour la période de poursuite de l'exploitation postérieure au jugement d'ouverture, en ce sens Cass. soc., 7 mai 1987, Bull. civ. V, n° 285.

⁵ Art. L. 3253-4 C. trav.

732. Paiement des créances superprivilégiées. L'article L. 625-8 du Code de commerce dispose que si l'administrateur dispose des fonds nécessaires pour en assurer le règlement, il doit payer les créances salariales superprivilégiées dans les dix jours du prononcé du jugement d'ouverture sur ordonnance du juge commissaire. De surcroît, afin de renforcer la protection des salariés contre le risque de non-paiement des créances salariales, est prévu le versement immédiat, à titre provisionnel, d'une somme égale à un mois de salaire impayé, sur la base du dernier bulletin de salaire, dans la limite cependant du plafond susmentionné. En l'absence de fonds disponibles, les créanciers privilégiés doivent être réglés sur les premières rentrées de fonds. La protection ainsi conférée aux créances salariales par le truchement du superprivilège est relativement efficace puisque son rang est particulièrement favorable aux salariés, la priorité de paiement accordée aux créances superprivilégiées renforçant en sus cette efficacité. Cette dernière est cependant subordonnée à l'existence de fonds disponibles. En l'absence d'actifs disponibles, la priorité de paiement des créances superprivilégiées, et le rang particulièrement protecteur qui leur est conféré ne seront que de peu d'utilité puisque l'insolvabilité de l'employeur fera obstacle au règlement de ces créances qui sont pourtant par essence alimentaires. C'est pourquoi, le législateur ne s'est pas contenté d'assortir de privilèges les créances salariales antérieures au transfert réalisé dans le cadre d'une procédure collective, il a également institué une assurance contre le risque de non-paiement des salaires.

B - La couverture AGS.

733. L'accroissement des défaillances d'entreprises consécutives au premier choc pétrolier et à la crise économique qui en a découlé ont conduit le législateur à prendre conscience de l'insuffisance de l'instauration des privilèges relatifs aux créances salariales qui, en l'absence de fonds disponibles, voient leur efficacité réduite à néant. C'est pourquoi, le législateur français, précédant son homologue européen, a mis en place un mécanisme spécifique de garantie du paiement des salaires dans le cadre de la loi du 27 décembre 1973¹. Lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de leur entreprise, la solidarité entre employeurs successifs étant exclue, le paiement des créances salariales, par essence alimentaires, est avancé par l'AGS. L'AGS est association d'origine patronale, agréée par le

¹ Loi n° 73-1194, du 27 déc. 1973, préc.

Ministère du travail, dont le financement est uniquement patronal tandis que sa gestion est paritaire¹. Il convient de ne pas se méprendre : la protection de la situation financière des salariés résultant de la couverture des créances salariales par l'AGS est somme toute relative ; seules certaines créances sont garanties à concurrence d'un plafond relativement bas.

734. *Champ d'application personnel.* Au fil des réformes du droit des entreprises en difficulté, le champ d'intervention personnel de l'AGS s'est élargi. Désormais, tout employeur de droit privé est tenu d'assurer ses salariés y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire². À ce titre, « *l'assujettissement de l'employeur à l'obligation d'assurance des salariés résulte de sa seule qualité de personne morale de droit privé, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de son statut particulier, et notamment de l'origine de son capital, de la nature de ses ressources, du contrôle économique et financier de l'Etat auquel il est soumis, du mode de désignation de ses administrateurs et de la mission de service public dont il est investi* »³.

Par ailleurs, sont également couverts par l'AGS, les salariés travaillant habituellement en France pour une entreprise, dont le siège social se situe sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne, à l'encontre de laquelle est ouverte une procédure d'insolvabilité. En effet, ne pouvant ignorer le risque de non-paiement des créances salariales en cas de procédure collective, le législateur européen a, en 1980, imposé aux États membres de prévoir « *les mesures nécessaires afin que des institutions de garantie assurent (...) le paiement des créances impayées et des travailleurs salariés résultant de contrat de travail* »⁴. Du fait du silence de la directive du 20 octobre 1980 sur la détermination de l'institution de garantie compétente en cas de faillite transnationale, la CJUE a dû trancher cette question⁵,

¹ Sur la gestion et le fonctionnement de l'AGS V. A. BOYER, thèse préc., n° 195 et s. ; P. MORVAN, *op. préc.* p. 1005 et s.

² Art. L. 3253-6 C. trav.

³ Cass. soc., 2 juil. 2014, n° 13-15.771, à paraître au Bulletin.

⁴ Dir. CE n° 80/987, du 20 oct. 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatifs à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JOCE n° L 283, du 28 oct. 1980, modifiée une première fois par la dir. CE n° 87/164, du 2 mars 1987, JOCE n° L 66, du 11 mars, 1987, puis une seconde fois par la dir. CE n° 2002/74, du 23 sept. 2002, JOCE n° L 270, du 8 oct. 2002, l'ensemble ayant été codifié par la dir. CE n° 2008/94, du 22 oct. 2008, JOCE n° C 161, du 13 juil. 2007.

⁵ Selon la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, si l'employeur en faillite était établi dans un autre État membre que celui où le salarié exerçait son activité, l'institution compétente pour le paiement des créances salariales était celle de l'État dans lequel « *soit l'ouverture de la procédure de désintéressement collectif est décidée, soit la fermeture de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur est constatée* » (CJCE, 17 sept. 1997, aff. C-117/96, Rec. CJCE, I, p. 5017). Pour déterminer au sein de l'option ainsi ouverte l'institution compétente la Cour estimait conforme « *à l'économie de [la directive] que l'institution de garantie compétente*

avant que le législateur ne s'en saisisse dans la directive de 2002¹. Ainsi, en cas de faillite transnationale, est compétente l'institution de garantie de l'État membre sur le territoire duquel les salariés exercent ou exerçaient habituellement leur travail, quand l'entreprise a des activités sur le territoire d'au moins deux États membres². La transposition de cette nouvelle disposition européenne a été opérée par loi du 30 janvier 2008³ qui précise les effets en France d'une procédure collective ouverte dans un autre État membre⁴.

Si le salarié exerce habituellement son activité dans un autre État pour une société établie en France qui cotise à l'AGS, cette dernière sera tenue de garantir les créances fixées au passif de l'employeur⁵. Le champ d'application personnel de la couverture de l'AGS est donc particulièrement vaste. À ce titre, il convient de préciser que la couverture AGS n'est

pour le paiement des créances impayées des travailleurs salariés soit celle qui a perçu ou, à tout le moins, qui aurait dû percevoir les cotisations de l'employeur insolvable » (CJCE, 17 sept. 1997, aff. C-117/96, préc.). Dès lors, soit l'employeur ne disposait d'aucun établissement sur le territoire de l'État membre où les travailleurs exerçaient leur activité salariée auquel cas l'institution de cet État ne pouvait être tenue à garantie ; celle du pays dans lequel était ouverte la procédure de faillite étant débitrice (CJCE, 17 sept. 1997, aff. C-117/96, préc.) ; soit l'employeur disposait d'un établissement dans l'État où travaillaient les salariés, auquel cas, l'institution compétente était celle du « lieu d'activité des travailleurs » (CJCE, 16 déc. 1999, aff. C-198/98, Rec. CJCE, I, p. 8903), sauf à ce que l'employeur ait affilié le personnel de cet établissement auprès de l'institution de garantie compétente dans l'État dans lequel est établi son siège social (Cass. soc., 2 oct. 2001, RJS 1201, n° 1451).

¹ Dir. CE n° 2002/74, du 23 sept. 2002, préc. Il convient d'indiquer que la CJUE a décidé que « *La directive 80/987 ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale prévoit qu'un travailleur puisse se prévaloir de la garantie salariale de l'institution nationale, conformément au droit de cet État membre, à titre complémentaire ou substitutif, par rapport à celle offerte par l'institution désignée comme étant compétente en application de cette directive, pour autant, toutefois, que ladite garantie donne lieu à un niveau supérieur de protection du travailleur* », CJUE, 11 mars 2011, aff. C-477/09 ; rev. proc. coll. 2011, n° 6, comm. 171, M. MENJUCQ. Cette solution a été reprise par la Cour de cassation, ce qui a suscité de vives critiques, dans un arrêt du 11 avril 2012 dans lequel elle a décidé qu'un salarié belge employé par une société de la même nationalité pour commercialiser des produits en France pouvait solliciter la couverture AGS pour obtenir le complément des créances salariales dont une partie avait été assumée par le Fonds de fermeture des entreprises de l'Office national de l'emploi en Belgique dans la mesure où la garantie assurée par l'institution du pays dans lequel est établi l'employeur peut être complétée par celle du pays dans lequel s'accomplissait le travail, dans la limite du plafond de garantie qui s'y applique ; Cass. soc., 11 avr. 2012, Bull. civ. V, n° 123 ; Lettre d'actu des proc. coll. civ. et com. 2012, rep. 140, obs. D. JACOTOT ; JCP S 2012, 1310, note G. VACHER.

² Art. 8 bis, dir. n° 2002/74/CE, du 23 sept. 2002, préc.

³ Loi n° 2008-89, du 30 janv. 2008, relative à la mise en œuvre des dispositions communautaires concernant le statut de la société coopérative européenne et la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JORF du 31 janv. 2008, p. 1808.

⁴ Loi n° 2008-89, du 30 janv. 2008, relative à la mise en œuvre des dispositions communautaires concernant le statut de la société coopérative européenne et la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JORF du 31 janv. 2008, p. 1808 ; art. L. 3253-18-1 à L. 3253-18-9 C. trav. ; pour des développements relatifs à la situation financière des salariés en cas de faillite transnationale, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 1010 et s. ; V. ALLEGAERT, « Les droits des salariés et le droit européen des procédures d'insolvabilité », JCP S 2007, 1342.

⁵ Cass. soc. 21 sept. 2011, Rev. proc. coll. 2011, n° 6, comm. 171, note M. MENJUCQ ; JCP S 2011, 1581, comm. L. FIN-LANGER. Il convient d'indiquer que cet arrêt fait suite à une question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la CJUE, qui a précisé dans sa décision du 10 mars 2011 (aff. C-477/09 préc.) que si la directive 80/987 (*id est* dans sa version antérieure à 2002) n'attribue pas au travailleur de faculté de choix entre les différentes institutions de garantie, elle n'exclut pas en revanche la possibilité pour ce dernier de se prévaloir, lorsque cela lui est favorable et que le droit national le prévoit, de la garantie d'une autre institution que celle identifiée comme compétente en application de la directive. Cette interprétation est reprise par la Cour de cassation dans l'arrêt du 21 septembre 2011 préc.

pas un véritable régime d'assurance privée, mais plutôt un mécanisme de garantie comme en témoigne le fait que, d'une part, le non-paiement par l'employeur des cotisations AGS ne saurait priver ses salariés du bénéfice de sa couverture¹, et que, d'autre part, cette institution se borne à avancer le paiement des créances des salariés dans les droits desquels elle se trouve subrogée².

735. Subsidiarité théorique de l'intervention de l'AGS. En principe, la couverture des créances salariales par l'AGS est subsidiaire, elle n'est, en théorie, tenue de garantir les créances salariales impayées qu'à défaut de fonds disponibles. Cependant, la jurisprudence a écarté la subsidiarité de l'intervention de l'AGS en jugeant, d'une part, que la garantie des salaires devait couvrir les sommes dues aux salariés même si l'entreprise disposait de fonds suffisants pour faire face aux créances³, et d'autre part, que l'AGS devait intervenir y compris lorsqu'un tiers est susceptible de garantir tout ou partie des sommes dues⁴.

Si le droit social essaye de préserver la situation financière des salariés en cas de restructuration décidée dans le cadre d'une procédure collective en prévoyant la couverture des créances salariales par l'AGS il convient de ne pas se méprendre sur la protection toute relative qui résulte de cette garantie. En effet, afin d'éviter la ruine de l'AGS et de préserver autant que faire se peut l'équilibre financier du régime, le législateur a fixé des limites temporelles et pécuniaires à la couverture des créances salariales. Ainsi seules certaines créances nées à des périodes précises peuvent bénéficier de la garantie de l'AGS (1), cette dernière étant, de surcroît, plafonnée (2).

¹ Art. L. 3253-7 C. trav.

² Le principe de la subrogation de l'AGS est posé à l'article L. 3253-16 du Code du travail qui dispose que l'AGS est subrogée « *les droits des salariés pour lesquels [elle a] réalisé des avances* :

1° Pour l'ensemble des créances, lors d'une procédure de sauvegarde ;

2° Pour les créances garanties par le privilège prévu aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 et les créances avancées au titre du 3° de l'article L. 3253-8, lors d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les autres sommes avancées dans le cadre de ces procédures leur sont remboursées dans les conditions prévues par les dispositions du livre VI du Code de commerce pour le règlement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure. Elles bénéficient alors des privilèges attachés à celle-ci. »

³ Cass. soc., 10 déc. 1992, JCP E 1993, pan. 122 ; Cass. soc., 19 avr. 2000, Act. proc. coll. 2000, comm. 135.

⁴ Cass. soc., 1^{er} déc. 1993, Bull. civ. V, n° 297 ; Cass. soc., 9 mars 2004, Bull. civ. V, n° 74, en présence d'associés ou de membres d'un groupement tenus solidairement au passif.

1 - Les créances salariales garanties par l'AGS.

L'article L. 3253-8 du Code du travail énumère les créances couvertes par l'AGS en distinguant : les sommes dues aux salariés avant le jugement d'ouverture de la procédure (a) des créances consécutives à la rupture des contrats de travail postérieure audit jugement (b).

a - L'étendue de la couverture des créances antérieures au jugement d'ouverture.

736. L'article L. 3253-8, 1°, du Code du travail dispose que l'AGS couvre « *les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ainsi que les contributions dues par l'employeur dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle* »¹ ; le dernier alinéa de l'article précisant que cette garantie « *inclut les cotisations et contributions sociales et salariales d'origine légale, ou d'origine conventionnelle imposée par la loi* ». Toutefois, dans la mesure où les cotisations et contributions sociales sont des créances non pas du salarié mais des organismes sociaux si elles doivent être avancées par l'AGS, elles ne doivent pas être prises en compte pour apprécier le montant maximum de la garantie AGS²

737. Exclusion de la garantie des sommes dues avant le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, sauf conversion en procédure de redressement. Aux termes de l'article L. 3253-8, 1°, du Code du travail sont seules garanties les créances antérieures au jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'exclusion des créances antérieures à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. L'exclusion de l'intervention de l'AGS pour les dettes antérieures au jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde apparaît logique dans la mesure où cette procédure, destinée à faciliter la restructuration de l'entreprise pour permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, n'est accessible qu'aux entreprises qui ne sont pas en état

¹ Il en va de même des contributions dues par l'employeur au titre de la convention de reclassement personnalisé et du contrat de transition professionnelle, dispositifs précédant le contrat de sécurisation professionnelle issu de la loi n° 2011-893, du 28 juil. 2011, préc.

² Cass. soc., 2 juil. 2014, n° 13-11.948, à paraître au Bulletin.

de cessation des paiements¹. Si l'entreprise connaît des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à la conduire à une cessation des paiements², il n'en reste pas moins qu'au jour du jugement d'ouverture, elle est supposée disposer de l'actif nécessaire pour faire face à son passif exigible et donc de fonds permettant d'assurer le paiement des salaires justifiant ainsi l'exclusion de la couverture AGS³. On a pu penser que la couverture AGS était également exclue en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde en procédure de redressement puisqu'en principe la conversion d'une procédure collective n'emporte pas ouverture d'une nouvelle procédure mais poursuite, certes sous une autre forme, de la procédure initiale⁴. Toutefois, la Cour de cassation en décide autrement, : elle estime que dès lors qu'une procédure de sauvegarde a été convertie en procédure de redressement judiciaire l'AGS doit couvrir les créances salariales antérieures au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde dans la mesure où « *la garantie prévue par le 1° de l'article L. 3253-8 du code du travail ne dépend que de la seule ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, sans qu'il y ait lieu d'établir de distinction entre les diverses causes d'ouverture de cette procédure* »⁵. Cette solution s'inscrit, dans une certaine mesure, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de cassation affirmant que l'AGS devait assumer la garantie des créances salariales antérieures au jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation y compris lorsqu'elle est ouverte pour une autre cause que la cessation des paiements⁶.

738. Antériorité des créances. Pour que les créances salariales soient garanties par l'AGS au titre de l'article L. 3253-8, 1°, du Code du travail, il est impératif que leur fait générateur se situe avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Une fois encore, la difficulté réside dans la détermination de la date de

¹ Art. L. 620-1 C. com.

² Art. L. 620-1 C. com.

³ Cass. soc., 28 sept. 2010, JCP S 2010, 1496, note T. LAHALLE.

⁴ En ce sens, T. METEYE, « L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde », Gaz. Pal. 2006, n° 199, p. 3 ; A. JACQUEMONT, J-Cl. Com., Fasc. 2450, *Sauvegarde redressement et liquidation judiciaires. Privilèges des salariés et garanties de paiement*.

⁵ Cass. soc., 21 janv. 2014, n° 12-18.421, à paraître au Bulletin, JCP S 2014, 1138, note L. FIN-LANGER ;

⁶ Cass. soc., 15 juin 2010, RJS 8-9/10, n° 651, dans lequel la Cour de Cassation énonce que « *les articles L. 3253-1, L. 3253-6 et L. 3253-8 du Code du travail ne font dépendre la garantie de paiement qu'ils instituent que de la seule ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de l'employeur, sans établir de distinction entre les diverses causes d'ouverture de cette procédure ; qu'il en résulte que la liquidation judiciaire de l'employeur après le retrait de l'agrément accordé à une entreprise d'assurance ne prive pas les salariés du bénéfice de la garantie contre le risque de non-paiement des sommes dues en exécution du contrat de travail* ».

la naissance de la créance¹. Si la couverture AGS est subordonnée au fait que la créance soit née avant le jugement d'ouverture de la procédure, peu importe en revanche qu'elle soit exigible ou non au jour dudit jugement². L'article L. 3253-12 prévoit une exception à ce principe concernant les sommes dues aux salariés au titre de l'intéressement ou de la participation ainsi qu'aux arrérages de préretraite : ces créances ne peuvent être couvertes par l'AGS qu'à la condition d'être exigibles au jour du jugement d'ouverture. Sont donc seules garanties les créances salariales résultant de l'exécution du contrat de travail dont le fait générateur est antérieur au jugement d'ouverture de la procédure collective, à l'exclusion des sommes nées après l'ouverture de la procédure. Ce n'est qu'à la condition que la liquidation judiciaire de l'entreprise soit prononcée que l'AGS pourra être tenue d'avancer les sommes dues en exécution du contrat de travail nées au cours de la période d'observation, des 15 jours (ou 21 jours en cas d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi) suivant le jugement de liquidation³, pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement et dans les 15 jours (ou 21 jours en cas d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi) qui suivent ce maintien⁴. Ainsi, en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde, de redressement ou de cession, toute créance due en exécution du contrat de travail postérieure au jugement d'ouverture échappe à la garantie de l'AGS, à l'exclusion des sommes découlant d'une rupture du contrat en application de L. 3253-8, 2°, du Code du travail. Ces créances bénéficient en revanche du « privilège de l'article 40 ». Cependant, leur règlement risque d'être compromis dans la mesure où, le plus souvent, les fonds disponibles sont épuisés par le règlement des créances superprivilégiées. On ne peut que regretter cet « angle mort » de la garantie AGS particulièrement nuisible à la situation financière des salariés, même si son fondement apparaît relativement logique, comme le rappelle Patrick MORVAN, puisqu'assurer la couverture des créances dues en exécution du contrat de travail après le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement reviendrait à financer le redressement de l'entreprise qui doit pouvoir assumer seule le coût de sa main-d'œuvre⁵.

739. Sommes dues en exécution du contrat de travail. L'article L. 3253-6 du Code du travail dispose que l'AGS assure le paiement des sommes dues aux salariés « *en exécution du*

¹ Sur cette question, V. R. VATINET, art. préc.

² Cass. soc., 23 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 293 ; Dr. soc. 2005, p. 221, obs. C. RADÉ ; RJS 2005, n° 157.

³ Ce délai étant porté à un mois pour les sommes dues au représentant des salariés dans le cadre de la procédure prévu par les articles L. 621-4 et L. 631-9 du Code de commerce.

⁴ Art. L. 3253-8, 5°, C. trav. La couverture de ces créances est toutefois l'objet d'un plafond spécial, distinct du plafond général de la garantie AGS, elle est limitée à un mois et demi de salaire.

⁵ P. MORVAN, *op. préc.*

contrat de travail », tandis que l'article L. 625-9 du Code de commerce vise « *les créances résultant du contrat de travail* », sans autre précision légale. Ces notions ont donc fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour de cassation qui, après avoir adopté une vision relativement restrictive des sommes dues en exécution du contrat de travail, s'est ravisée au profit d'une interprétation accueillante permettant ainsi d'étendre la couverture AGS afin de renforcer la protection de la situation financière des salariés en assurant le paiement, au moins partiel, de leurs créances alimentaires. S'il ne fait guère de doute que les créances de salaires et de leurs accessoires ainsi que les indemnités de rupture du contrat de travail constituent bien des sommes dues en exécution de ce dernier, la question de la nature des créances issues de sources extracontractuelles ou de l'engagement de la responsabilité de l'employeur ont, quant à elles, donné lieu à controverses.

740. Créances fondées sur des sources extracontractuelles. La Cour de cassation estime que l'AGS doit couvrir les créances des salariés résultant de prévisions légales ou de leur statut collectif, qu'il s'agisse d'accords collectifs¹, d'engagements unilatéraux de l'employeur, ou d'usages en vigueur dans l'entreprise². Cette position, critiquée par certains³, ne peut à notre sens qu'être approuvée. En effet, ces créances issues de normes extracontractuelles sont constitutives de sommes dues en exécution du contrat dans la mesure où c'est par le truchement de ce dernier, qui implique la qualité de salarié, qu'elles sont applicables⁴.

741. Créances de responsabilité de l'employeur. Après avoir, dans un premier temps, exclu de la garantie AGS les sommes dues au salarié à la suite de la condamnation de l'employeur à réparer le préjudice résultant d'une faute de sa part⁵, elle a heureusement abandonné cette vision restrictive de la notion de sommes dues en exécution du contrat de travail qui réduisait considérablement la couverture offerte par l'AGS et, partant, la protection

¹ Cass. soc., 5 avr. 1995, RJS 1995, n° 652, 1^{ère} esp., à propos de sommes dues en exécution d'un accord collectif ; Cass. soc., 28 oct. 1997, Bull. civ. V, n° 338 ; D 1998, IR 16, relatif à une garantie de ressource et au remboursement de frais médicaux prévus par une convention collective.

² Cass. soc., 23 sept. 1992, Gaz. Pal. 1992, 2, pan. 264, à propos d'une prime de 13^{ème} mois prévue par un usage d'entreprise.

³ A. BOYER, thèse préc., n° 230 ; S. RETIF, obs. sous Cass. soc., 25 janv. 2005, Act. proc. coll. 2005, n° 6, n° 68.

⁴ Cass. soc., 8 janv. 2002, Dr. soc. 2002, p. 371 ; en ce sens C. RADÉ, « Garantie de l'AGS et rupture des contrats de travail postérieure au jugement de liquidation », Dr. soc. 2007, p. 984.

⁵ Cass. soc., 6 avr. 1994, RJS 1994, n° 554, à propos d'une créance de capital décès consécutive au non paiement par l'employeur de cotisations à l'assureur ; Cass. soc., 16 déc. 1992, Bull. civ. V, n° 596, relatif à l'indemnisation de l'illégalité d'une clause de non concurrence.

accordée aux salariés, ce qui était particulièrement inique en ce que, si la créance résultait d'un manquement de l'employeur, il n'avait pu être commis qu'à l'occasion de l'exécution du contrat. Désormais, la Cour de cassation décide que la créance résultant du non-respect par l'employeur d'une obligation contractuelle est une créance due en exécution du contrat de travail¹. Après avoir rappelé « *qu'aux termes de l'article 1142 du Code civil toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution par le débiteur [et que] selon l'article 1147 du même Code, le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution* », elle en déduit que « *les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire* »², et partant doivent être couverts par l'AGS. Sont donc constitutives de créances dues en exécution du contrat de travail bénéficiant à ce titre de la garantie AGS les dommages-intérêts alloués aux salariés pour harcèlement moral³, pour violation des règles relatives au repos dominical⁴, pour nullité d'une clause de non-concurrence⁵, pour licenciement vexatoire⁶, etc. Toutefois, ces créances ne bénéficieront de la couverture AGS au titre de l'article L. 3253-8, 1°, du Code du travail qu'à la condition que leur fait générateur, *id est* l'inexécution fautive de l'employeur, soit antérieur au jugement d'ouverture, peu important que la décision de justice prononçant sa condamnation soit pour sa part postérieure audit jugement⁷. En revanche, les sommes engagées par les salariés au cours de la procédure judiciaire sont, quant à elles exclues de la garantie AGS qu'il s'agisse des frais d'huissiers⁸, des sommes dues au titre de l'article 700 du Code de procédure civile⁹ ou d'une astreinte prononcée par le juge¹.

¹ Cass. soc., 13 janv. 1999, Act. proc. coll. 1999, n° 4, n° 55 ; RJS 1999, n° 207, 1ère esp. ; Cass. soc., 16 mars 1999, RJS 5/99, n° 670 ; Cass. soc., 30 nov. 1999, RJS 1/00, n° 46 ; Cass. soc., 31 oct. 2000, RJS 1/01, n° 15. Cette solution est l'objet de critiques, certains considérant qu'elle pourrait se révéler néfaste à long terme en conduisant à la ruine de l'AGS, en ce sens A. BOYER, thèse préc., n° 230 ; S. RETIF, obs. préc. ; T. METEYE, « L'évolution du champ d'intervention de l'AGS. – (de la sécurité juridique à l'insécurité économique) », Rev. proc. coll. 2011, n° 1, doss. n° 4.

² Cass. soc., 4 déc. 2002, Bull. civ. V, n° 368 ; RTD civ. 2003, n° 4, p. 713, obs. P. JOURDAIN ; RDC 2003, p. 54, obs. P. STOEFFEL-MUNCK ; RJS 2/03, n° 199.

³ Cass. soc., 8 fév. 2005, RJS 2005, n° 388.

⁴ Cass. soc., 8 juin 1999, Dr. soc. 1999, p. 847, obs. C. RADÉ.

⁵ Cass. soc., 22 mars 2005, RJS 2005, n° 637.

⁶ Cass. soc., 29 janv. 2003, RJS 2003, n° 465 ; Cass. soc., 29 juin 2005, JCP S 2005, 1261, note P. MORVAN. Il en va de même des indemnités allouées du fait du préjudice résultant de la non-affiliation du salarié à la caisse complémentaire de prévoyance, Cass. soc., 17 nov. 2011, n° 10-20.051, JCP S 2012, 1111, comm. D. CHENU. Pour une liste des différentes créances, couvertes par l'AGS, résultant de la condamnation de l'employeur à indemniser les salariés V. A. BOYER, thèse préc. n° 227 ; P. MORVAN, *op. préc.*, p. 1014 et s.

⁷ Cass. soc., 13 janv. 1981, Dr. soc. 1982, p. 193, obs. H. BLAISE.

⁸ Cass. soc., 12 janv. 1999, RJS 2/99, n° 207.

⁹ Cass. soc., 2 mars 1999, RJS 4/99, n° 515.

742. Couverture des sommes dues au titre de l'épargne salariale ou d'arrérages de préretraite. Afin d'éviter tout débat sur la possible qualification de sommes dues en exécution du contrat de travail et de lever tout doute sur leur possible prise en charge par l'AGS, le législateur a expressément prévu le bénéfice de cette garantie pour la contribution de l'employeur au titre du contrat de sécurisation professionnelle², pour les sommes dues au titre de l'intéressement et de la participation des salariés « *lorsqu'elles revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise* »³, ainsi que pour les arrérages de préretraite dus à un salarié en application d'un accord collectif prévoyant le départ en préretraite au plus tôt à 55 ans⁴. Toutefois les arrérages de préretraite et les sommes dues au titre de l'épargne salariale ne sont garanties qu'à condition d'être exigibles à la date du jugement d'ouverture⁵.

Outre les sommes dues au jour du jugement d'ouverture en exécution du contrat, le bénéfice de la couverture AGS est également prévu pour les sommes résultant de la rupture du contrat de travail à la condition qu'elle intervienne pendant les périodes de garantie strictement définies par la loi.

¹ Cass. soc., 7 nov. 1990, RJS 12/90, n° 1013.

² Expressément visée à l'article L. 3253-8, 1°, du Code du travail ; étant précisé qu'il en va de même des contributions dues par l'employeur au titre de la convention de reclassement personnalisé et du contrat de transition professionnelle, dispositifs précédant le contrat de sécurisation professionnelle issu de la loi n° 2011-893, du 28 juil. 2011.

³ Art. L. 3253-10 C. trav. Il convient de mentionner un arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 avril 2010 dans lequel elle rejette le pourvoi formé par l'AGS contre un jugement ayant fait droit à la demande de salariés, transférés dans le cadre d'un plan de cession arrêté lors d'une procédure de liquidation judiciaire, de fixer au passif de la société cédée la liquidation de leur compte épargne temps, les juges du fond ayant décidé que l'AGS était tenue à garantie pour cette créance. Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 09-40.015.

⁴ Art. L. 3253-11 C. trav., il convient de préciser que cet article visant uniquement les arrérages de préretraite dus « en application d'un accord professionnel ou interprofessionnel, d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise », l'AGS ne saurait être appelée à couvrir les arrérages de préretraite dus en application d'une note et d'un procès-verbal de réunion du comité d'entreprise puisque la note prise en application d'un accord entre ce dernier et l'employeur n'a pas la nature d'un accord collectif, en ce sens Cass. soc., 10 avr. 1991, Bull. civ. V, n° 175 ; RJS 1991, n° 584 ; Cass. soc., 2 nov. 1993, RJS 1993, n° 1203.

⁵ L'article L. 3253-12 C. trav. dispose que « *Les créances mentionnées aux articles L. 3253-10 et L. 3253-11 sont garanties :*

1° Lorsqu'elles sont exigibles à la date du jugement d'ouverture de la procédure ;

2° Lorsque, si un plan organisant la sauvegarde ou le redressement judiciaire de l'entreprise intervient à l'issue de la procédure, elles deviennent exigibles du fait de la rupture du contrat de travail, dans les délais prévus au 2° de l'article L. 3253-8 ;

3° Lorsque intervient un jugement de liquidation judiciaire ou un jugement arrêtant le plan de cession totale de l'entreprise. »

b - La garantie des sommes liées aux ruptures de contrat de travail postérieures au jugement d'ouverture.

743. Condition relative à la date de la rupture. L'article L. 3253-8, 2°, du Code du travail dresse la liste des périodes au cours desquelles les ruptures doivent être prononcées pour que l'AGS soit tenue au paiement des créances qui en résultent. Pour être couvertes, les sommes doivent résulter de ruptures intervenues au cours de la période d'observation, dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession, pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement prononçant la liquidation ou dans les quinze jours suivant ce jugement ou la fin du maintien d'activité, délai porté à vingt-et-un jours par la loi du 14 juin 2013 lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi doit être élaboré. La Cour de cassation a étendu l'intervention de l'AGS en incluant au titre des périodes de garantie le mois qui suit le jugement modifiant le plan de redressement qui, selon elle, fait corps avec le jugement qui l'a arrêté¹. Si l'article L. 3253-8, 2°, du Code du travail vise les créances résultant d'une rupture postérieure au jugement adoptant le plan de sauvegarde, la subsidiarité de l'intervention de l'AGS est renforcée dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. Elle ne devra en effet avancer ces sommes qu'à la condition que soit démontrée par le mandataire judiciaire l'insuffisance des fonds disponibles pour y faire face². Il est strictement impératif que les ruptures des contrats de travail interviennent au cours de ces délais, faute de quoi les créances y afférentes ne seront pas éligibles au bénéfice de la garantie AGS³. Si le mandataire judiciaire ne notifie pas la rupture dans les périodes précitées, le salarié qui subit un préjudice du fait de la perte de la couverture AGS peut engager sa responsabilité civile sur le fondement du droit commun, si sa carence est constitutive d'une faute⁴.

744. Salariés bénéficiant d'une protection spécifique contre le licenciement. Parce que la brièveté des délais accordés à l'employeur, à l'administrateur ou au liquidateur pour

¹ Cass. soc., 17 oct. 1990, RJS 1990, n° 974 ; Cass. soc., 3 avr. 1991, Bull. civ. V, n° 165 ; RJS 1991, n° 581.

² Art. L. 3253-20, al. 2, C. trav.

³ Cass. soc., 21 nov. 1985, Bull. civ. V, n° 672 ; 24 janv. 1990, Bull. civ. V, n° 24 et 25 ; Cass. soc., 3 avr. 2002, Bull. civ. V, n° 117 ; RJS 2002, n° 668 ; Dr. soc. 2002, p. 532, obs. P. LYON-CAEN ; Cass. soc., 10 oct. 1990, Bull. civ. V, n° 439 ; RJS 1990, n° 864, 2ème esp. ; Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.963 ; Cass. soc., 14 mai 2003, n° 01-40.586 ; Cass. soc., 14 janv. 2004, n° 01-46.239 et n° 01-46.892 ; Cass. soc., 13 oct. 2013, n° 12-16-981, Lettre d'actu. des proc. coll. civ. et com. 2013, alerte 292.

⁴ Cass. com., 6 juil. 1993, Bull. civ. IV, n° 281 ; RJS 1993, n° 991 ; Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-41.575, inédit.

prononcer les ruptures et que les créances en résultant soient garanties par L'AGS s'accordent difficilement avec la protection contre le licenciement dont bénéficient certains salariés et plus particulièrement ceux qui sont investis d'un mandat représentatif ou syndical dont le licenciement doit être autorisé par l'inspecteur du travail¹, l'article L. 3253-9 du Code du travail prévoit la garantie des créances résultant de la rupture du contrat d'un salarié protégé dès lors que l'intention de rompre leur contrat a été manifestée dans les périodes précitées. Cette intention peut être caractérisée par une mention sur le bulletin de salaire de la date de la rupture², par l'envoi d'un courrier informant l'intéressé de la volonté de l'employeur ou du mandataire judiciaire de ne pas poursuivre l'exécution du contrat³, ou encore par la saisine de l'inspection du travail d'une demande d'autorisation de licenciement⁴.

745. Modes de rupture éligibles à la garantie AGS. L'article L. 3253-8, 2°, du Code du travail prévoit la couverture par l'AGS des créances « *résultant de la rupture* » sans autre précision. Ainsi, la garantie AGS a en principe vocation à jouer quel que soit le mode rupture (et non seulement en présence d'un licenciement), quels qu'en soient le motif et l'auteur. Toutefois, et au mépris des dispositions de ce texte et de l'adage « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », la Cour de cassation a pu affirmer que « *la garantie de l'AGS ne peut être mise en œuvre sur le fondement de [l'article L. 3253-8, 2°], qu'à la condition que le contrat ait été rompu par l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur judiciaire* », ce dont elle a déduit l'exclusion du bénéfice de cette couverture pour une créance indemnitaire consécutive au départ à la retraite d'un salarié au cours de la période d'observation⁵. Cette solution est contraire non seulement à la lettre du texte puisqu'elle ajoute une condition relative à l'auteur de la rupture alors même que l'article L. 3253-8, 2°, du Code du travail fait seulement référence à la notion de rupture sans autre précision, mais aussi à son esprit dans la mesure où, comme en témoignent les débats à l'Assemblée nationale⁶, le législateur souhaitait

¹ Cass. soc., 2 oct. 2002, n° 00-42-271 ; Cass. soc., 6 juin 2007, Dr. soc. 2007, p. 987, obs. C. RADÉ, préc. Il en va de même des salariées en congé maternité (Cass. soc., 18 déc. 1991, D 92, IR, p. 47 ; Cass. soc., 4 janv. 2000, Rev. proc. Coll. 2000, n° 3, p. 101.), ou encore des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (Cass. soc., 2 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 295 ; D 2001, IR 3090 ; RJS 2001, n° 1420.)

² Cass. soc., 15 mars 2000, n° 98-41.317, inédit.

³ Cass. soc., 30 janv. 2007, n° 04-46.026, inédit.

⁴ Cass. soc., 6 juin 2007, préc.

⁵ Cass. soc., 20 mai 2005, JCP S 2005, 1009, note P. MORVAN ; Act. proc. coll. 2005, n° 145, obs. L. FIN-LANGER.

⁶ Le Garde des sceaux interrogé sur la substitution de l'expression « de la rupture des contrats de travail » à celle de « licenciements prononcés » répondait : « Si le mot « licenciements » était maintenu, certaines situations actuellement couvertes par l'AGS ne le seraient plus. L'assurance couvre, en effet, des créances qui ne résultent pas à proprement parler du licenciement, mais qui sont dues en exécution du contrat de travail, en particulier les

que soient couvertes par l'AGS les sommes consécutives à la rupture du contrat quel qu'en soit le mode. Un revirement de jurisprudence sur ce point apparaît particulièrement souhaitable, la position de la Cour de cassation étant juridiquement contestable et inopportune en ce qu'elle réduit la protection de la situation financière de salariés qui viennent de perdre leur emploi.

746. Créances résultant de la rupture du contrat de travail. Faute de précision légale relative à la notion de « *créances résultant de la rupture des contrats de travail* », la Cour de cassation a précisé, au fil du temps, quelles sommes devaient être considérées comme relevant de cette qualification. Ainsi, l'indemnité de licenciement, l'indemnité compensatrice de congés payés¹, la contrepartie à la clause de non-concurrence², l'indemnité pour travail dissimulé³, ou encore l'indemnité compensatrice de préavis⁴, constituent notamment des créances résultant de la rupture du contrat qui doivent être garanties par l'AGS au titre de l'article L. 3253-8, 2°, du Code du travail. Est en revanche exclue de la garantie AGS l'indemnité de préavis dont le fait générateur n'est pas la rupture du contrat mais la contrepartie du travail fourni par le salarié au cours du préavis. Au titre de ce texte, la Cour de cassation soumet également à la couverture par l'AGS les créances indemnitaires résultant d'un manquement aux obligations relatives à la rupture des contrats de travail⁵.

sommes dues en cas d'inexécution des contrats à durée déterminée inachevés au jour de l'ouverture de la procédure, le salaire devant être assuré par l'employeur jusqu'au terme du contrat, des indemnités de fin de contrat à durée déterminée prévues par l'article 122-3-5 du Code du travail, indemnités qui constituent aux termes de cet article un complément du salaire et qui sont calculées en fonction de la rémunération du salarié et de la durée du contrat (...) des indemnités de départ en retraite prévues par les conventions collectives et enfin des situations telles que le départ d'une entreprise par le jeu de la clause de conscience des journalistes qui ouvrent les mêmes droits qu'un licenciement en matière d'indemnités. C'est la raison pour laquelle il est tout à fait indispensable de procéder la modification formulée par l'amendement. », JOAN, 11 avr. 1984, p. 1350.

¹ Cass. soc., 2 juin 1996, Bull. civ. V, n° 358.

² Cass. soc., 20 juin 2006, Dr. soc. 2006, p. 1055, obs. C. RADÉ ; RJS 2006, n° 1070.

³ En effet, de manière assez surprenante la Cour de Cassation (Cass. soc. 20 juin 2007, n° 05-43.453, JCP S 2007, 1852, obs. A. MARTINON) inclut dans les créances découlant de la rupture du contrat l'indemnité pour travail dissimulé, certes l'article L. 8223-1 du Code du travail prévoit son versement lors de la rupture de la relation de travail, pourtant cette indemnité semble davantage trouver sa source dans la dissimulation de l'emploi pendant l'exécution du contrat que dans sa rupture, à l'instar de l'indemnité relative au prêt illicite de main-d'œuvre (Cass. soc., 9 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 280).

⁴ Cass. soc. 20 juin 2007, préc.

⁵ Sont ainsi notamment couvertes par l'AGS au titre de L. 3253-8, 2°, du Code du travail les dommages et intérêts relatifs à l'inexécution par l'employeur de son obligation de délivrer les documents de rupture (Cass. soc., 4 déc. 2002, préc.), au retard du paiement des indemnités de rupture (Cass. soc., 10 juil. 2001, Bull. civ. V, n° 252 ; Dr. soc. 2001, p. 1127, obs. G. COUTURIER ; RJS 2001, n° 292), les dommages et intérêts pour rupture abusive (Cass. soc., 20 mai 1992, RJS 1993, n° 155) ou pour exécution tardive des engagements contenus dans le plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc., 14 nov. 2001, Dr. soc. 2002, p. 117, obs. G. COUTURIER ; en l'espèce, l'employeur avait été condamné pour avoir exécuté avec retard l'engagement de solliciter auprès des pouvoirs publics la conclusion d'une convention de conversion).

Par ailleurs, l'article L. 3253-8, 3°, précise que sont également couvertes par l'AGS les créances résultant des ruptures suivant la proposition d'un contrat de sécurisation professionnelle¹, à condition qu'elle ait eu lieu au cours des périodes de garantie susmentionnées. Les salaires dus aux salariés pendant le délai qui leur est accordé pour accepter le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle sont également couverts.

Toutefois, redoutant « les effets d'aubaine » susceptibles de découler de l'imminence notoire de l'ouverture d'une procédure collective, et afin de censurer la jurisprudence soumettant à la garantie AGS les primes favorisant le reclassement professionnel octroyées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi concourant à réparer le préjudice résultant de la perte de l'emploi², le législateur a décidé d'exclure de la couverture AGS « *les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe, d'un accord collectif validé ou d'une décision unilatérale de l'employeur homologuée conformément à l'article L. 1233-57-3, lorsque l'accord a été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, ou l'accord conclu ou la décision notifiée postérieurement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire* »³. Cependant, le législateur s'est focalisé sur les sommes indemnisant le licenciement pour motif économique en application d'actes juridiques antérieurs au jugement d'ouverture, permettant ainsi à la Cour de cassation d'étendre la couverture AGS aux créances salariales indemnitaires prévues par un plan de sauvegarde de l'emploi postérieur au jugement arrêtant le plan de cession⁴. Par ailleurs, sont couvertes par l'AGS les mesures sociales d'accompagnement qui ne sont pas purement indemnitaires prévues par un plan de sauvegarde de l'emploi validé/homologué par la DIRECCTE avant ou après le jugement d'ouverture de la procédure collective⁵.

¹ Il convient de préciser qu'est également garantie la contribution due par l'employeur au titre de la convention de reclassement personnalisé et du contrat de transition professionnelle, dispositifs précédant le contrat de sécurisation professionnelle issu de la loi n° 2011-893, du 28 juil. 2011,

² Cass. soc., 30 avr. 2003, Bull. civ. V, n° 150 ; Cass. soc., 25 mai 2004, RJS 2004, n° 918.

³ Art. L. 3253-13 C. trav. exception issue de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO du 5 mai 2004, p. 7983, modifiée par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc.

⁴ Cass. soc., 30 sept. 2009, JCP S 2009, 1506, note P. MORVAN ; RJS 2009, n° 939.

⁵ Art. L. 3253-8, 4°, C. trav.

Si le spectre des créances garanties par l'AGS est relativement large, la protection accordée à la situation financière des salariés en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de leur employeur est toutefois relative dans la mesure où les sommes garanties par l'AGS sont plafonnées.

2 - Le plafonnement de la garantie AGS.

747. Plafonds de la garantie AGS. Depuis le 29 juillet 2003, date d'entrée en vigueur du décret du 24 juillet 2003¹, outre les plafonds spécifiques à la couverture des créances superprivilégiées et à celle des sommes dues en exécution du contrat en cas de liquidation², existe un plafond général de la couverture AGS dont le montant varie selon l'ancienneté du salarié. Ainsi l'article D. 3253-5 du Code du travail dispose que le montant maximal de la garantie AGS est fixé à six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance chômage, soit 75 096 euros³. Le montant maximal de la garantie est réduit à cinq fois ce plafond lorsque le contrat du salarié a été conclu entre six mois et deux ans avant le jugement d'ouverture de la procédure collective (soit 62 580 euros), et à quatre fois ce plafond si le contrat a été conclu moins de six mois avant le jugement d'ouverture (soit 50 064 euros). Le montant du plafond s'apprécie à la date à laquelle est due la créance du salarié et au plus tard à la date du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire. Pour mémoire, si l'AGS est tenue de couvrir les cotisations et contributions sociales afférentes aux créances salariales, leur montant n'est pas pris en compte dans le calcul du plafond de garantie dans la mesure où ce sont les organismes sociaux qui en sont créanciers, pas les salariés⁴.

Si le droit social écarte le jeu de la solidarité légale entre employeurs successifs en cas de procédure collective, il n'abandonne pas pour autant les salariés de l'entreprise en difficulté. La couverture des créances salariales assurée par l'AGS est à même d'amoindrir les

¹ D. n° 2003-684, du 24 juil. 2003, modifiant l'article D. 143-2 du Code du travail, pris en application de l'article L. 143-11-8 du Code du travail, relatif aux plafonds de garantie des salaires en cas d'insolvabilité des entreprises, JO du 27 juil. 2003, p. 12757. Il convient d'indiquer la Cour de Cassation décide que le plafond antérieur aux dispositions du décret du 24 juillet 2003 s'applique à la double condition que la procédure collective soit ouverte depuis le 29 juillet 2003, date d'entrée en vigueur du décret, et que la créance du salarié soit également due au plus tôt à cette date ; Cass. soc., 19 avr. 2005, Dr. soc. 2005, p. 935, obs. C. RADÉ.

² Plafond qui correspond au plus petit des deux montants suivants : trois fois le plafond mensuel de la sécurité sociale pour un mois et demi de salaire ou deux fois ce plafond pour un mois de salaire ; art. D. 3253-2 C. trav.

³ Le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions à l'assurance chômage est en effet fixé à 12 516 euros pour l'année 2014.

⁴ Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-11.948 préc.

conséquences néfastes qu'une restructuration décidée dans une entreprise en difficulté peut avoir sur leur situation pécuniaire. Certes la protection résultant de la couverture des créances salariale par l'AGS est relative du fait des limites encadrant cette garantie qu'il s'agisse de la nature des créances couvertes ou de leur date de naissance ou du plafonnement du montant garanti. Une fois la procédure collective ouverte le paiement des créances garanties par l'AGS est rapide ce qui permet de préserver la situation financière des salariés en assurant le règlement de ces créances alimentaires.

748. Modalités de paiement des sommes garanties. Lorsqu'une procédure collective est ouverte, le mandataire judiciaire éventuellement désigné vérifie les créances résultant des contrats de travail pour lesquelles il établit des relevés grâce aux informations fournies par les salariés, le débiteur et le représentant des salariés. Il lui appartient de s'assurer du sérieux de la créance salariale, de son existence, de son montant et du fait qu'elle n'a pas déjà été réglée. Il établit alors quatre relevés correspondant aux différentes catégories de créances couvertes par l'AGS¹, relevés qui doivent être signés par le représentant des salariés avant d'être transmis au juge-commissaire pour qu'il y appose son visa, sans lequel l'AGS ne débloquent pas les sommes demandées. Le mandataire judiciaire doit adresser les relevés à l'AGS dans les délais fixés à l'article L. 3253-19 dont la durée varie de dix jours après le jugement d'ouverture pour les créances superprivilégiées à trois mois après l'expiration des périodes de garantie. L'AGS verse alors au mandataire judiciaire les sommes figurant sur les relevés dans un délai fonction des créances en cause mais dont la brièveté mérite d'être saluée, s'agissant notamment des créances superprivilégiées pour lesquelles l'AGS est tenue de verser les sommes assurant leur paiement dans les cinq jours suivant la réception du relevé². A aucun moment, les salariés ne sont en rapport avec l'AGS³ ; ils reçoivent des mains du mandataire judiciaire les avances réalisées⁴. Le mandataire est en effet tenu de reverser immédiatement les sommes reçues de l'AGS aux salariés et aux organismes créanciers puisque l'AGS couvre également les cotisations et contributions sociales⁵.

¹ Art. L. 3253-19 C. trav.

² Art. L. 3253-21 C. trav. Cet article prévoit en revanche que s'agissant des contributions de l'employeur au financement du contrat de sécurisation professionnelle (de la convention de reclassement personnalisé ou du contrat de transition professionnelle), elles sont directement versées par l'AGS au Pôle emploi.

³ Les juges du fond ne sauraient condamner l'AGS à verser directement aux salariés les créances salariales sur lesquelles ils statuent, Cass. soc., 21 mars 1990, Bull. civ. V, n° 133 ; Cass. soc., 11 juin 1992, Bull. civ. V, n° 384.

⁴ Art. L. 3253-21 C. trav. *in fine*

⁵ Art. L. 3253-8, *in fine*.

Assurer aux salariés d'un employeur insolvable le paiement rapide des créances alimentaires découlant de leur contrat de travail grâce à la couverture AGS contribue ainsi à protéger les intérêts pécuniaires des salariés. Certes, la couverture assurée par cette institution est limitée s'agissant tant des créances garanties que des montants avancés mais présente l'avantage de ne pas laisser les salariés totalement démunis face à un débiteur insolvable. Le législateur a préféré écarter la solidarité entre employeurs successifs dans le cadre des procédures collectives afin de ne pas décourager les repreneurs éventuels ; l'AGS constitue donc une sorte de « sécurité sociale des salaires » offrant un « filet de sécurité » aux salariés dont l'employeur est en cessation des paiements. La collectivité des employeurs solidaires finance ainsi la couverture des créances salariales dont le caractère alimentaire nécessite un paiement rapide. Aux fins d'assurer un minimum de stabilité à la situation financière des salariés en dépit de la restructuration de leur entreprise, le droit social a donc institué des garde-fous au risque de non-paiement des créances antérieures à l'opération. La solidarité entre employeurs est à même de réduire ce risque et contribue ainsi à la protection des intérêts des salariés.

CONCLUSION DU CHAPITRE

À défaut d'emprise sur les décisions de restructuration, le droit social a institué des mécanismes tendant à atténuer leurs conséquences souvent nocives sur la situation des salariés. Il assure ainsi la stabilité de leur emploi par-delà les transferts d'entreprise justiciables de l'article L. 1224-1 du Code du travail en imposant au nouvel employeur de poursuivre l'exécution de leur contrat de travail aux conditions en vigueur au jour de l'opération, ce qui constitue une protection essentielle des salariés en ces temps de précarisation accrue de l'emploi. En neutralisant l'effet relatif des conventions et en imposant le maintien des contrats de travail en dépit de la restructuration de l'entreprise, le droit social tente ainsi d'empêcher qu'une telle opération ne constitue, en elle-même, un motif de licenciement. L'effet translatif strictement impératif de l'article L. 1224-1 du Code du travail prive ainsi d'efficacité toute rupture prononcée à l'occasion du transfert.

Mettant en exergue l'ambivalence du droit du travail, la finalité de ce texte est double : il s'agit non seulement de préserver l'emploi mais aussi de permettre la poursuite de l'activité cédée qui nécessite le transfert des salariés qui y sont affectés qui se voient imposer le maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur. La Cour de cassation dénie en effet aux salariés le droit de s'opposer au transfert de leur contrat. L'atteinte au droit fondamental du salarié de choisir son employeur résultant de cette position jurisprudentielle est regrettable. Il suffirait toutefois que soit accordée aux salariés la faculté de démissionner de l'entreprise cédante pour que le droit français respecte le droit européen et les droits fondamentaux du salarié. Surtout, la préservation du droit fondamental de choisir librement son employeur implique que le salarié soit mis en mesure de choisir librement s'il décide de passer ou non service du repreneur rendant ainsi indispensable la délivrance d'une information relative au transfert, à ses conséquences ainsi qu'à celles de son refus éventuel de voir son contrat transféré au nouvel employeur. Voilà plus de treize ans que les dispositions de la directive du 12 mars 2001 imposant une information individuelle des salariés sur le transfert et ses conséquences en l'absence de représentants du personnel auraient dû être transposées... Instaurer un droit d'opposition au transfert du contrat auprès du nouvel employeur assorti d'une information sur la restructuration, ses effets sur la situation individuelle et collective

des salariés et les conséquences d'une éventuelle résistance au transfert de son contrat permettrait que le salarié puisse librement choisir de passer ou non au service du cessionnaire. Libre de décider de poursuivre ou non la relation de travail avec le nouvel employeur, le salarié serait ainsi pleinement responsable de son choix, l'opposition au transfert de son contrat emportant alors sa rupture sans indemnité, une rupture qui devrait toutefois ouvrir droit au bénéfice des allocations chômage selon les modalités de droit commun.

Nous ne pouvons que regretter le mutisme du législateur en matière de droit d'opposition au maintien du contrat avec le nouvel employeur après la restructuration, tout comme en matière d'information individuelle des salariés relative à l'opération, mutisme particulièrement déplorable puisqu'il s'ajoute aux autres lacunes des dispositions légales relatives au transfert d'entreprise relativement imprécises sur les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail et sur ses effets dans certains cas. En effet, le sort des contrats de travail lorsque la restructuration induit par elle-même une modification du contrat, étrangère à toute volonté du cessionnaire, n'est pas véritablement réglé. Le législateur s'est limité à élaborer une législation parcellaire sur le transfert du privé vers le public et garde un silence retentissant sur les conséquences d'un transfert partiel d'entreprise...

De ce point de vue, on ne peut que saluer l'œuvre créatrice de Cour de cassation, inspirée par la CJUE, dont elle s'est toutefois quelque peu affranchie, et s'affranchit encore, s'agissant notamment de la détermination des conditions nécessaires au transfert impératif des contrats de travail dans les secteurs dont l'activité repose essentiellement sur la main d'œuvre. Si une certaine harmonie règne entre les jurisprudences nationale et européenne, quelques dissonances dommageables subsistent malheureusement. Ainsi, dès lors qu'est constaté le transfert d'une entité économique autonome dont l'identité est maintenue et l'activité poursuivie, les contrats attachés à cette entité au jour de la réalisation de la restructuration sont de plein droit transmis au nouvel employeur. Si l'énoncé des conditions de la substitution automatique et impérative d'employeurs est relativement clair, son application en pratique donne lieu à une appréciation casuistique (relativement logique eu égard au caractère protéiforme des restructurations) ce qui n'est pas sans placer employeurs et salariés dans une insécurité juridique particulièrement regrettable au regard des enjeux économiques et sociaux en cause.

Si le droit social s'attache à protéger l'emploi des salariés en imposant le maintien de leurs contrats par delà le transfert de leur entreprise, il a également instauré des mécanismes tendant à préserver dans la mesure du possible leur situation financière. Une solidarité entre employeurs successifs est ainsi prévue pour assurer le paiement de leurs créances salariales, par essence alimentaires. Lorsque les conditions de cette solidarité ne sont pas réunies et plus particulièrement lorsque la restructuration est décidée dans le cadre d'une procédure collective c'est la solidarité de l'ensemble de la communauté patronale au niveau national qui prend le relais par le truchement de l'AGS qui garantit le versement, au moins partiel, des créances salariales.

Conscient de la situation particulièrement défavorable des salariés face aux restructurations et ne pouvant réellement agir lors de la prise de décision, le droit social tente donc d'en neutraliser les conséquences sociales dévastatrices en assurant, dans la mesure du possible, la préservation de leur emploi et de leur situation financière. Cependant, la protection de l'emploi des salariés n'est assurée qu'en présence d'une restructuration justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Dès lors que la restructuration envisagée ne répond pas aux conditions d'application de ce texte, aucun maintien des contrats de travail n'est imposé ; l'employeur peut prononcer des licenciements pour motif économique à l'occasion de l'opération.

Pour autant, le droit social n'abandonne pas les salariés menacés de licenciement pour motif économique. À défaut d'emprise lors du processus décisionnel précédant la mise en œuvre de la restructuration destructrice d'emploi, le droit social institue des garde-fous afin de protéger les salariés et particulièrement leur droit à l'emploi constitutionnellement reconnu. Pour ce faire, outre l'exigence de cause réelle et sérieuse inhérente à tout licenciement, le droit social impose à l'employeur qui décide seul, au nom de sa liberté d'entreprendre, de supprimer des emplois pour un motif économique d'assumer sa responsabilité sociale en accompagnant les salariés menacés de licenciement.

Le droit social fait du licenciement pour motif économique l'ultime remède, l'employeur doit donc mettre en œuvre des dispositifs tendant à éviter les ruptures. Si celles-ci sont inéluctables, le droit social se préoccupe du sort des salariés licenciés confrontés à un marché du travail particulièrement mal portant en ces temps de crise économique. À ce titre, sont prévus divers dispositifs tendant à éviter le prononcé de licenciements pour motif

économique et à faciliter la réinsertion professionnelle des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu, dispositifs qu'il appartient à l'employeur de mettre en œuvre, parfois avec le concours des pouvoirs publics.

CHAPITRE II : L'ACCOMPAGNEMENT DES SALARIES MENACES DE LICENCIEMENT DANS LE CADRE D'UNE RESTRUCTURATION.

749. Lorsque la restructuration projetée par l'employeur ne consiste pas en une modification de sa situation juridique imposant le maintien des contrats de travail, l'opération peut induire des suppressions ou transformations d'emploi, ou des modifications des contrats de travail destinées à faire face à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, à sauvegarder la compétitivité, ou résultant de la cessation totale et définitive de l'activité. À défaut d'emprise sur la décision de restructuration destructrice d'emploi, arrêtée librement par la direction de l'entreprise et afin de ne pas laisser les salariés dont l'emploi est menacé seuls face à un marché du travail en crise, le droit social tente d'atténuer l'impact de l'opération, grâce à des dispositifs d'accompagnement préventifs permettant d'assurer le maintien des salariés dans l'entreprise ou le groupe et curatifs favorisant la reprise d'une activité professionnelle par les salariés qui seront inéluctablement licenciés.

Parce qu'il décide seul de mettre en œuvre une restructuration destructrice d'emplois, l'employeur, responsable des licenciements, doit s'impliquer dans le processus de réinsertion professionnelle des salariés. Libre de réorganiser son entreprise, il est tenu de se préoccuper du sort des salariés qu'il licencie et ne saurait se décharger de cette responsabilité sur la collectivité. En effet, comme le soulignait Michel DURAFOUR, alors Ministre du travail, « la responsabilité de l'employeur ne s'arrête pas à la porte de son établissement ni au moment où les contrats sont rompus »¹. Dans la mesure où « la décision de licencier pour des raisons d'ordre économique génère un coût social considérable (...) largement assumé par la collectivité au lieu de l'être par l'entreprise »², il est impératif que les employeurs s'impliquent pour réduire l'impact social de leur décision de restructuration, en contribuant activement à préserver un maximum d'emplois dans l'entreprise et à faciliter la réinsertion

¹ JOAN du 12 déc. 1974, p. 7747.

² G. COUTURIER, « Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne », Dr. soc. 1997, p. 75.

professionnelle des salariés qui seront inévitablement licenciés dans le cadre de cette opération. Ainsi, afin de responsabiliser l'auteur d'un licenciement pour motif économique, le droit social impose la mise en place des mesures sociales d'accompagnement tendant à éviter les licenciements, en réduire le nombre et à accroître les chances des salariés de retrouver au plus vite et dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle stable. L'employeur doit assumer sa responsabilité sociale en s'impliquant dans le reclassement professionnel des salariés victimes de la restructuration, qui se trouvent le plus souvent démunis face à un marché du travail mal portant et à un taux de chômage particulièrement élevé.

La mesure phare de l'accompagnement des salariés menacés de licenciement pour motif économique est le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)¹ ; bien que qualifié par un auteur de « vitrine du droit du travail »², son bénéfice est réservé aux seuls salariés susceptibles de perdre leur emploi dans le cadre d'un grand projet de licenciement collectif élaboré dans une entreprise de cinquante salariés au moins³. Le plan de sauvegarde de l'emploi cristallise l'assomption de sa responsabilité sociale par l'entreprise qui s'apprête à licencier de nombreux salariés, puisqu'à la différence de la grande majorité des autres mesures sociales d'accompagnement, son élaboration, tout comme sa mise en œuvre reposent uniquement sur l'entreprise. À proportion des moyens dont il dispose, l'employeur doit ainsi s'engager à mettre en œuvre toutes les mesures de nature à éviter ou réduire le nombre de licenciements, et à favoriser la reprise d'une activité professionnelle par les salariés dont le licenciement est inéluctable.

Au-delà du plan de sauvegarde de l'emploi, le droit social a créé de nombreux dispositifs susceptibles d'atténuer les conséquences sociales d'une restructuration, qu'il appartient à l'employeur de mobiliser parfois avec l'aide des pouvoirs publics. En effet, si la mise en œuvre de certaines mesures telle que la priorité de réembauche dont jouissent tous les salariés licenciés pour motif économique, ou les congés de reclassement et de mobilité réservés aux salariés des grandes entreprises *in bonis*, repose entièrement sur l'entreprise, la majorité des dispositifs d'accompagnement des restructurations impliquent une participation du service public de l'emploi ou des pouvoirs publics. Ainsi, le contrat de sécurisation professionnelle, qui accompagne les salariés licenciés par les entreprises non soumises au congé de reclassement, impose simplement une participation financière minimale de

¹ Ex plan social.

² P. WAQUET, « Les plans sociaux », RJS 5/96, p. 304

³ Art. L. 1233-61, C. trav.

l'entreprise, les démarches tendant à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés étant pour leur part mises en œuvre par Pôle emploi. Par ailleurs, conscients de l'état particulièrement délétère de la conjoncture économique et sociale et des difficultés rencontrées par les entreprises qui ne peuvent, à elle seules, assurer effectivement la protection de l'emploi ou la réinsertion professionnelle des salariés, les pouvoirs publics s'impliquent dans l'accompagnement des restructurations en finançant, au moins partiellement, certains dispositifs comme l'activité partielle. La publicisation de l'accompagnement social des salariés victimes d'une restructuration est également révélée par la création de fonds comme le Fonds National pour l'Emploi (FNE) ou le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation (FEM), destinés à financer des mesures de soutien aux salariés licenciés pour motif économique.

Si les salariés sont les premiers affectés par la restructuration de l'entreprise, ce ne sont pas les seuls ; certaines opérations peuvent avoir des répercussions bien au-delà de l'entreprise. En effet, des restructurations emportant de très nombreux licenciements pour motif économique sont susceptibles de bouleverser l'équilibre économique et social de toute une région. Ainsi, la fermeture d'un site de production ou le prononcé d'un licenciement collectif de très grande ampleur induit le plus souvent un ébranlement du marché local du travail résultant de la destruction massive d'emplois dans le bassin, qu'il s'agisse d'emplois directs ou indirects par un « effet domino » atteignant les fournisseurs et les sous-traitants qui subissent les répercussions de la restructuration de leur partenaire. Au-delà de sa responsabilité sociale à l'égard des salariés menacés de perdre leur emploi dans le cadre de la restructuration mise en œuvre librement par les dirigeants de l'entreprise, celle-ci a une responsabilité « sociétale » à l'égard du territoire qui subit d'importants dommages économiques et sociaux à cause de cette décision¹. Le droit social impose donc à certaines entreprises d'assumer leur responsabilité territoriale en participant à la revitalisation du bassin d'emploi affecté par leur décision de restructuration.

Afin d'atténuer les conséquences néfastes d'une restructuration destructrice d'emplois, le droit social impose à l'employeur de mettre en place des dispositifs tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et accroître les chances de réinsertion professionnelle des salariés qui perdront inéluctablement leur emploi. S'il n'est tenu que dans certaines circonstances d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi concourant à la réalisation de ces

¹ L'expression responsabilité sociétale est empruntée à Gilles BELIER ; G. BELIER, « La revitalisation des bassins d'emploi ou « réindustrialisation » », SSL suppl. du 26 déc. 2005, n° 1242, p. 41.

objectifs (Section I), d'autres mesures sociales d'accompagnement des salariés menacés de licenciement sont également prévues (Section II).

Section I - Le plan de sauvegarde de l'emploi.

750. Avant même que le législateur n'ait véritablement encadré le prononcé de licenciements pour motif économique, les partenaires sociaux s'accordèrent en 1974 sur la nécessité que « *la direction communique au comité d'entreprise ou d'établissement le projet de plan social qu'elle devra avoir établi, comportant les mesures qu'il envisage de prendre pour, d'une part, éviter ou limiter les mesures de licenciement, et, d'autre part, faciliter au maximum le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité* »¹. Sans reprendre l'expression « plan social » qui n'entra dans le Code du travail qu'en 1989², les législateurs national et européen consacrèrent en substance cette obligation, en imposant à l'employeur qui envisage de prononcer un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins, d'élaborer et de mettre en œuvre des mesures sociales d'accompagnement des salariés menacés de licenciement³.

Afin de renforcer l'implication de l'entreprise dans la recherche d'alternatives au licenciement et dans la réinsertion professionnelle des salariés dont le licenciement ne peut être évité, la loi du 27 janvier 1993 a défini pour la première fois le contenu du plan social dont n'étaient jusqu'alors fixés que les objectifs, ainsi que la sanction du non-respect par l'employeur de l'obligation d'y intégrer un plan de reclassement, sanction hautement

¹ Art. 12 de l'avenant du 21 nov. 1974 à l'accord national interprofessionnel du 10 fév. 1969. À l'époque, le seul encadrement légal des licenciements pour motif économique résultait de la loi n° 66-427 du 18 juin 1966 prévoyant que le comité d'entreprise devait donner son avis en cas de projet de compression d'effectifs, et de celle du 13 juillet 1973 (loi n° 73-680 du 13 juil. 1973, préc.), acte créateur du droit du licenciement qui fit du droit de licencier un droit causé, que le motif soit personnel ou économique, qui n'évoquait qu'à la marge les licenciements pour motif économique notamment pour les exclure de la procédure préalable à la rupture qu'elle instaurait.

² Loi n° 89-549, du 2 août 1989, préc.

³ Loi n° 75-5, du 3 janv. 1975, relative aux licenciements pour cause économique, JO du 4 janv. 1975 page 202, insérant dans le Code du travail l'article L. 321-4 dont l'avant dernier alinéa disposait que « *L'employeur doit porter à la connaissance des représentants du personnel les mesures qu'il envisage de prendre, d'une part, pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre, et, d'autre part pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité* » ; Directive n° 75/129/CEE, du 17 fév. 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (*JOCE n° L 048 du 22 fév. 1975, p. 0029 - 0030*) dont l'article 2 disposait que « *Les consultations portant sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs, ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences* » doivent être « *engagées en vue d'aboutir à un accord* ».

comminatoire au regard de la finalité du plan qui contribue à l'effectivité du droit constitutionnel à l'emploi¹.

Cette loi et la jurisprudence judiciaire y afférente ont fait du plan social une composante majeure du droit du licenciement pour motif économique², au point que l'expression « plan social » devienne un quasi synonyme de « licenciement collectif » dans le langage courant et médiatique. Afin de mettre un terme à l'emploi courant de cette antiphrase (le plan ayant pour but premier d'éviter les licenciements) et d'insister sur le fait que cette mesure ne doit pas être envisagée comme un « plan de licenciements » mais bien comme un moyen de préserver l'emploi, la loi de modernisation sociale a remplacé cette expression par celle de « *plan de sauvegarde de l'emploi* », locution ne laissant pas de place au doute sur la finalité du dispositif³. Cependant, le législateur est bien impuissant à corriger les (mauvaises) habitudes linguistiques et plus de dix ans après la loi du 17 janvier 2002 l'expression « plan social » reste très souvent employée en lieu et place de celle de « projet de grand licenciement collectif ».

La loi du 14 juin 2013 a consacré, plus ou moins fidèlement, la réforme des modalités d'élaboration et de contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi souhaitée par les partenaires sociaux dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2013⁴. Désormais, le plan de sauvegarde de l'emploi peut prendre la forme d'un accord collectif conclu par les syndicats ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives aux dernières élections, hypothèse dans laquelle le comité d'entreprise sera consulté sur le projet d'accord mais ne pourra suggérer de modifications du plan⁵. À défaut d'accord, l'employeur élaborera unilatéralement le plan de sauvegarde de l'emploi à l'issue de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise habilité à suggérer à l'employeur d'y apporter des modifications afin notamment d'en étoffer le contenu⁶. Dans un cas comme dans l'autre, la DIRECCTE joue un rôle primordial, de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi à l'achèvement de sa mise en œuvre. En effet, elle doit s'assurer de la qualité du dialogue social relatif au projet de licenciement et notamment au plan de sauvegarde de l'emploi. Elle est ainsi associée à l'élaboration du plan et doit s'assurer qu'il contient des

¹ Loi n° 93-121, du 27 janv. 1993, préc.

² En ce sens G. COUTURIER, « Plans sociaux et exigences de reclassement », Dr. soc., numéro spécial Plans sociaux, de mai 1994, p. 436.

³ Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, préc.

⁴ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2014, préc. ; ANI du 11 janv. 2013, préc.

⁵ Art. L. 1233-24-1 et L. 1233-30, C. trav., sur l'élaboration du plan dans le cadre d'une négociation avec les organisations syndicales.

⁶ Art. L. 1233-24-4, C. trav. sur l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi à l'issue de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise.

mesures de reclassement efficaces, en suggérant au besoin à l'employeur de mobiliser certains dispositifs permettant d'éviter des licenciements, d'en réduire le nombre, ou de faciliter réellement la reprise d'une activité professionnelle par les salariés qui perdront leur emploi. Garante de la qualité du dialogue social et des mesures sociales d'accompagnement, la DIRECCTE est appelée à contrôler le projet de licenciement et le plan de sauvegarde de l'emploi définitifs qui ne pourront pas être mis en œuvre tant qu'elle ne les aura pas validés/homologués. Sans le « feu vert » de l'Administration l'employeur ne peut prononcer les licenciements ; s'il le fait quand même les ruptures seront nulles ou irrégulières selon les circonstances. Une fois l'homologation/validation du projet obtenue, l'employeur pourra l'exécuter et la DIRECCTE sera associée au suivi de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi.

Si la loi du 14 juin 2013 met donc fin au contrôle judiciaire du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi pour le confier à l'Administration du travail sous l'œil du juge administratif, elle n'a pas remis en cause l'essence du plan ni ses finalités. Il semble ainsi que l'essentiel des exigences relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi dégagées par la Cour de cassation sous l'empire du droit antérieur, devrait survivre à la loi de sécurisation de l'emploi et constituer une « source d'inspiration » pour les DIRECCTE et les juges administratifs¹.

L'employeur qui envisage de prononcer au moins dix licenciements dans une période de trente jours dans une entreprise d'au moins cinquante salariés est donc tenu d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi (§ 1). Le contenu du plan doit effectivement contribuer à éviter ou limiter le nombre de licenciements et à faciliter la reprise d'une activité professionnelle par les salariés qui perdront leur emploi, ce dont s'assurera la DIRECCTE (§ 2). Ce n'est qu'une fois le projet homologué/validé que l'employeur pourra valablement prononcer les ruptures et mettre en œuvre les mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi définitif (§ 3).

¹ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 687.

§ 1 – Le champ d'application de l'obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi.

L'article L. 1233-61 du Code du travail dispose que « *Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, l'employeur établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre. Ce plan intègre un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité (...)* ». L'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi est donc soumise non seulement à une condition d'effectif, mais aussi au nombre de ruptures pour motif économique envisagées par l'employeur dans le cadre de son projet de restructuration.

Afin d'éviter que les employeurs ne puissent contourner l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi en procédant à des licenciements pour motif économique « par petits paquets » sans jamais en prononcer dix sur une même période de trente jours, des seuils correctifs ont été institués. Ainsi, l'article L. 1233-26 du Code du travail dispose que « *Lorsqu'une entreprise ou un établissement assujetti à la législation sur les comités d'entreprise a procédé pendant trois mois consécutifs à des licenciements économiques de plus de dix salariés au total, sans atteindre dix salariés dans une même période de trente jours, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois mois suivants est soumis aux dispositions* [du chapitre relatif au licenciement pour motif économique] ». L'article L. 1233-27 dudit code précise pour sa part que « *Lorsqu'une entreprise ou un établissement assujetti à la législation sur les comités d'entreprise a procédé au cours d'une année civile à des licenciements pour motif économique de plus de dix-huit salariés au total, sans avoir été tenu de présenter de plan de sauvegarde de l'emploi en application de l'article L. 1233-26 ou de l'article L. 1233-28, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois premiers mois de l'année civile suivante est soumis aux dispositions* [du chapitre relatif au licenciement pour motif économique] ». Si l'instauration de seuils correctifs est opportune en ce qu'elle constitue un obstacle aux tentatives d'évitement de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, cet obstacle peut être contourné comme l'explique Patrick MORVAN. Ainsi, à l'issue d'une démonstration particulièrement intéressante, cet auteur met en évidence qu'en réalité, en dépit de ces seuils correctifs, une entreprise peut en une année civile procéder à cinquante-quatre licenciements pour motif

économique sans jamais être assujettie à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi en « jouant » avec les différents délais et le nombre de ruptures¹.

La jurisprudence est venue préciser le niveau et la date d'appréciation des différents seuils déclenchant l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, obligation à laquelle seul l'employeur est assujéti (A). Elle a ainsi indiqué les modalités d'appréciation des seuils relatifs au nombre des salariés employés par l'entreprise et au projet de licenciement qui doit concerner au moins dix salariés sur trente jours (B), ainsi que les ruptures qui doivent être prises en compte pour déterminer si ces conditions sont remplies (C).

A – L'employeur seul débiteur de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

751. La lettre de l'article L. 1233-61 du Code du travail ne laisse guère place au doute : c'est à l'employeur qu'il appartient d'élaborer et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi lorsqu'il envisage de prononcer un grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins. L'article L. 1235-10 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 juin 2013, disposait que « *la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe* », consacrant ainsi une solution jurisprudentielle². Certains ont cru voir dans la combinaison de ces deux textes l'existence d'une obligation du groupe ou de l'UES de contribuer au plan établi par l'un de leurs membres³.

Cette interprétation *contra legem* des textes a été censurée par la Cour de cassation qui estime, à raison, que « *l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; (...) une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en*

¹ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 588.

² Cass. soc., 17 mai 1995, *Everite*, Bull. civ. V, n° 159 ; GDAT, 4ème éd. préc., n° 108 ; D. 1995, 436, note G. COUTURIER ; Dr. soc. 1995, p. 570, concl. P. LYON-CAEN ; Cass. soc., 10 juin 1997, Bull. civ. V, n° 216 ; Dr. soc. 1997, p. 980, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc., 25 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 406 ; Cass. soc., 18 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 506.

³ Ainsi, dans le cadre de « la saga *Flodor* », les juges du fond se sont livrés à une interprétation audacieuse, pour ne pas dire juridiquement erronée, des textes suscités. La Cour d'appel de Paris, après avoir rappelé que pèse sur le liquidateur l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi dont la validité s'apprécie au regard des moyens du groupe, considère « que le liquidateur ne saurait lui-même mobiliser les moyens du groupe sur lequel il ne dispose d'aucun pouvoir ; que chacune des sociétés du groupe, même établie à l'étranger, apparaît ainsi tenue de mobiliser ses moyens et ses propres possibilités de reclassement sur demande du liquidateur » ; CA Paris, 10 avr. 2008, n° 07/10060, *Juris-Data* n° 2008-367944, reproduit à JCP S 2009, n° 44, P. MORVAN, « L'étrange action en justice *Flodor*. - Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », JCP S 2009, n° 44, 1489.

cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement et (...) ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi »¹.

La lettre de l'article L. 1233-61 du Code du travail et le principe d'autonomie juridique des personnes morales composant une UES ou un groupe de sociétés, n'autorisent guère d'autre interprétation. Ainsi, si avant la loi du 14 juin 2013 le Code du travail disposait expressément que la validité du plan de sauvegarde de l'emploi devait être appréciée à l'aune des moyens du groupe ou de l'UES², la participation effective des autres sociétés du groupe ou de l'UES au plan de sauvegarde de l'emploi élaboré par l'une des sociétés membres du groupement était soumise à leur bonne volonté. Si la loi du 14 juin 2013 a supprimé l'alinéa de l'article L. 1235-10 du Code du travail selon lequel la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est conditionnée à sa proportionnalité aux moyens du groupe ou de l'UES³, il semble vraisemblablement que cette exigence survivra à cette suppression⁴. En effet, l'article L. 1233-57-3 du Code du travail enjoint à la DIRECCTE, saisie d'une demande d'homologation d'un document unilatéral relatif au projet de licenciement, de s'assurer du respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 dudit code au regard notamment des moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe. Certes la référence au contrôle de proportionnalité du contenu du plan au regard des moyens de l'UES ou du groupe est limitée aux seules décisions d'homologation d'un document unilatéral, à l'exclusion des décisions de validation d'un accord majoritaire relatif au plan de sauvegarde de l'emploi, mais comme le souligne Patrick MORVAN l'exigence d'un plan de sauvegarde de l'emploi proportionné aux moyens du groupement auquel appartient éventuellement l'entreprise est une création jurisprudentielle et ne nécessite donc pas de texte légal pour survivre à la loi du 14 juin 2013⁵.

S'il apparaît quasi-certain que l'exigence de proportionnalité du plan au regard des moyens du groupe ou de l'UES sera maintenue par les DIRECCTE et le juge administratif, il est tout aussi sûr que l'employeur sera considéré comme seul débiteur de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, à l'exclusion des autres sociétés membres du groupement. À ce titre, le tribunal administratif de Montreuil a rejeté une demande

¹ Cass. soc., 13 janv. 2010, Bull. civ. V, n° 5 ; Dr. soc. 2010, p. 474, obs. G. COUTURIER ; Dr. ouv. 2010, p. 214, note G. LOISEAU ; RDT 2010, p. 2030, « Groupe de sociétés et responsabilité », note F. GÉA ; H. TISSANDIER, « Sociétés à structure complexe et droit du travail », RJS 2010, p. 251.

² Art. L. 1235-10, al. 2, C. trav., abrogé par la loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc.

⁴ En ce sens not. P. MORVAN, *op. préc.* p. 699.

⁵ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 699.

d'annulation d'une décision d'homologation d'un projet de grand licenciement collectif, qui était fondée entre autres sur le fait que le plan n'avait pas été élaboré en fonction des moyens dont disposaient l'entreprise et le groupe auquel elle appartenait, et que son contenu était insuffisant, notamment à cause du refus par la *holding* du groupe d'abonder le plan de sauvegarde de l'emploi. Le tribunal a donc rejeté la requête en annulation jugeant que la société *holding* de même que les autres sociétés du groupe n'étaient pas, en cette seule qualité, débitrices envers les salariés d'une obligation de reclassement et qu'elles ne répondaient pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans le plan de sauvegarde de l'emploi¹. Le tribunal administratif reprend ainsi la formule dégagée par la Cour de cassation selon laquelle les sociétés du groupe ne peuvent, en cette seule qualité, être considérées comme débitrices de l'obligation de participer au plan de sauvegarde de l'emploi élaboré par une de leurs sociétés-sœur ou fille².

752. *L'avenir incertain de la reconnaissance d'une situation de coemploi pour multiplier les débiteurs de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi.* Si « en la seule qualité » de société membre du même groupe, une société ne peut être tenue de participer au plan de sauvegarde de l'emploi obligatoire dans l'entreprise qui envisage de prononcer au moins dix ruptures sur trente jours, elle peut en revanche être débitrice de cette obligation si elle est le coemployeur des salariés menacés de licenciement pour motif économique. Dans la mesure où, *de lege lata*, l'employeur est l'unique débiteur de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi suffisant au regard des moyens du groupe, le seul moyen de contraindre la société-mère ou une autre société du groupe à participer à l'élaboration du plan est de faire reconnaître sa qualité de coemployeur, à condition qu'elle soit réelle, à l'instar de l'action menée par les salariés de la *SAS Aspocomp*³. Pour ce faire, le comité d'entreprise pourrait saisir le tribunal de grande instance pour qu'il enjoigne à l'une des sociétés du groupe, dont il aurait au préalable constaté la qualité de coemployeur, de participer à l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi. Toutefois, si une telle action a déjà eu l'occasion d'aboutir devant les juges du fond⁴, il semble

¹ TA Montreuil, 28 janv. 2014, n° 1310820, inédit ; sur ce jugement V. C. TAILLANDIER, « Chronique des premiers jugements des tribunaux administratifs sur les PSE », *SSL* 2014, n° 1623 ;

² Cass. soc., 13 janv. 2010, préc.

³ CA Rouen, Ch. soc. 22 mars 2005, n° 04/02545, *Société Aspocomp Group Oyj*, Bull. Joly Sociétés, 1^{er} fév. 2006, n° 2, p. 192, note B. SAINTOURENS ; sur cette affaire.

⁴ V. not. TGI Lons le Saunier, 22 août 2012, n° 12/01079, RJS 2012, n° 860 ; consultable à l'adresse suivante http://www.chronique-ouvriere.fr/IMG/pdf/TGI_Lons_Le_Saunier_22_Aout_2012.pdf, sur ce jugement, V. R. VATINET, « Sur le devenir des contentieux des PSE », *JCP S* 2013, 121, elle estime dans cet article que l'action

envisageable que la Cour de cassation y oppose le principe selon lequel « *la reconnaissance d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié* », sur le fondement duquel elle a estimé qu'un syndicat n'était pas recevable à demander la reconnaissance de la qualité de coemployeur d'une société distincte de l'employeur contractuel¹. Si ce principe a également été invoqué par certains juges du fond pour déclarer irrecevable l'action introduite par l'AGS tendant à reconnaître la qualité de coemployeur d'une société du groupe², il n'est pas certain qu'il serait retenu en cas d'action du comité d'entreprise qui représente l'intérêt collectif des salariés et à l'égard duquel l'employeur est débiteur d'une obligation d'information/consultation relative au projet de grand licenciement collectif et au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

À ce titre, saisi par le comité d'une entreprise pour que soit reconnue la qualité de coemployeur de l'une des sociétés du groupe et qu'elle soit condamnée à participer au plan de sauvegarde de l'emploi, le tribunal de grande instance de Lons le Saunier a fait droit à cette demande et a condamné ladite société, reconnue coemployeur, à verser 8 millions d'euros pour financer le plan de sauvegarde de l'emploi³. Dans la mesure où il existe un doute sur le fait que la Cour de cassation admette la recevabilité d'une telle action introduite par le comité d'entreprise, il semble préférable que les salariés introduisent à titre individuel devant le conseil de prud'hommes une action tendant aux mêmes fins.

Si le juge prud'homal estime que les conditions de la reconnaissance d'une situation de coemploi sont réunies⁴, il pourra alors ordonner à la société reconnue coemployeur des salariés de participer à l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi si, à la date du jugement, le projet de licenciement n'a pas été validé/homologué par la DIRECCTE qui sera alors tenue, tout comme le coemployeur, par la solution des juges des fond. En revanche, si les licenciements ont déjà été prononcés sur le fondement d'une décision d'homologation/validation du projet de licenciement lorsqu'est reconnue la qualité de

tendant à solliciter la participation d'une société du groupe au plan de sauvegarde de l'emploi ne devrait pas survivre à l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013.

¹ Cass. soc., 23 janv. 2008, Bull.civ. V, n° 22 ; JCP S 2008, 1277, note J.-Y. KERBOUC'H. Yannick PAGNERRE estime à ce titre que seuls les salariés peuvent intenter une action tendant à faire reconnaître une situation de coemploi qui ne peut selon lui relever que de la compétence du conseil de prud'hommes ou du tribunal des affaires de sécurité sociale ; Y. PAGNERRE, « Le coemploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel : de l'incompétence de l'Administration à reconnaître un coemploi », JCP S 2014, 1263.

² CA Paris, 17 juin 2014, n° 12/06132, sur cet arrêt V. A. MURGIER et F. SFEIR, SSL 2014, n°1639, du 15 juillet 2014 ; en sens inverse CA Rennes 23 oct. 2013, n° 12/00633, *Asteelflash c./Jade et a.*, dans lequel tout en reconnaissant le caractère éminemment personnel de l'action en reconnaissance du coemploi, la Cour de Rennes considère que le mécanisme de la subrogation autorisait l'AGS à agir et ce, quand bien même le salarié se serait abstenu.

³ TGI Lons le Saunier, 22 août 2012, préc.

⁴ Sur la caractérisation d'une situation de coemploi.

coemployeur à l'une des sociétés du groupe, il existe un sérieux doute sur la capacité du conseil de prud'hommes à condamner le coemployeur à indemniser les salariés. En effet, de deux choses l'une : soit est retenue la solution dégagée par la Cour de cassation, selon laquelle en présence d'une situation de coemploi, si le plan de sauvegarde de l'emploi a été établi dans le seul cadre de la société employeur contractuel, alors qu'il doit être mis en place par chacun des coemployeurs, le plan ne répond pas aux exigences légales et fonde ainsi la condamnation du coemployeur à indemniser les salariés¹, soit le conseil de prud'hommes devra surseoir à statuer pendant que le tribunal administratif tranchera la question préjudicielle relative à la validité de la décision d'homologation/validation du projet au regard du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. La première alternative repose sur une solution dégagée par la Cour de cassation dans un arrêt inédit, source de nombreuses critiques², et paraît ainsi particulièrement fragile, même s'il n'est pas à exclure que le juge judiciaire n'abandonne pas « si facilement » sa compétence en matière de plan de sauvegarde de l'emploi en présence d'une situation de coemploi³.

La seconde option, juridiquement plus orthodoxe, contrevient dans une certaine mesure à l'esprit de la loi du 14 juin 2013 puisque, loin de sécuriser la procédure de grand licenciement collectif et de la déjudiciariser, elle fait intervenir deux ordres de juridiction et implique un sursis à statuer... Ainsi, si le tribunal administratif annule la décision administrative d'homologation du projet, le conseil de prud'hommes pourra constater la nullité des licenciements sur le fondement de l'article L. 1235-11 du Code du travail et ordonner, si elle est possible, la réintégration des salariés qui la demandent chez l'un des coemployeurs⁴, les deux étant de surcroît débiteurs solidaires des dommages et intérêts dus aux salariés. Il convient d'attendre les prises de position de la Cour de cassation et du Conseil d'État sur le devenir de l'action en reconnaissance d'une situation de coemploi pour obtenir la participation de l'une des sociétés du groupe à l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi mise en œuvre par une autre. En tout état de cause, si la reconnaissance d'une situation de coemploi peut permettre d'obtenir la participation effective d'une société du groupe à l'élaboration du plan, encore faut-il qu'elle soit caractérisée, étant rappelé que la

¹ Cass. soc., 22 juin 2011 n° 09-69.021, RJS 2011, n° 742 ; sur cet arrêt V. R. VATINET art. préc. et Y. PAGNERRE, art. préc., qui critique vivement cette solution.

² V. Y. PAGNERRE, art. préc.

³ En ce sens, Y. PAGNERRE, art. préc.

⁴ Dans son rapport annuel de 2011, la Cour de cassation affirme en effet que, « *malgré la différence de leurs personnalités juridiques, il existe entre des entreprises distinctes une confusion des intérêts, des activités et de la direction telle qu'elles forment en réalité, au regard du rapport de travail, une seule entreprise* » ; Rapp. Cass. 2011, p. 455

Cour de cassation fait preuve de rigueur en la matière et refuse toute assimilation entre groupe et situation de coemploi. Surtout, il faut espérer que les jurisprudences judiciaire et administrative mettront rapidement fin à l'incertitude relative au sort de l'action tendant à faire reconnaître une situation de coemploi pour multiplier les débiteurs de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi sous l'empire des dispositions de la loi du 14 juin 2013.

753. Eventuelle participation du groupe au plan élaboré par une filiale, prévue par un accord collectif. Au-delà de l'éventuelle reconnaissance d'une situation de coemploi, une ou plusieurs sociétés du groupe peuvent être contraintes de participer au plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans l'une des filiales, lorsqu'un accord collectif de groupe, de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences par exemple, le prévoit. L'entreprise qui projette le grand licenciement collectif n'en reste pas moins seule débitrice de l'obligation d'élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi mais elle pourra s'appuyer sur les stipulations conventionnelles pour solliciter la communication par les autres sociétés du groupe des postes disponibles en leur sein pour reclasser des salariés si l'accord prévoit par exemple l'obligation pour les différentes filiales ou établissements de diffuser auprès des salariés du groupe ou de l'entreprise une information relative aux postes à pourvoir et aux futurs recrutements, avant de procéder à toute embauche extérieure¹. Lorsque la direction du groupe et des différentes filiales couvertes par l'accord se sont engagées à porter à la connaissance des salariés et des entreprises du groupe les emplois disponibles en leur sein, et à donner une priorité aux salariés du groupe en cas de recrutement pour pourvoir un de ces postes disponibles par préférence à un salarié extérieur au groupe, elles sont tenues d'exécuter les engagements ainsi souscrits. Elles doivent à ce titre répondre aux sollicitations de l'employeur qui, dans le cadre de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, cherche à reclasser les salariés dont il envisage le licenciement pour motif économique, et respecter la « priorité d'embauche » prévue par l'accord. Si les sociétés du groupe assujetties à l'accord ne respectent pas ses stipulations, salariés et employeurs mais également syndicats signataires de l'accord sont fondés à saisir le conseil de prud'hommes ou le tribunal de grande instance pour obtenir

¹ À l'instar des accords du groupe *Alstom* (accord du 19 janvier 2006 sur la gestion des emplois et des âges, LSQ 17 fév. 2006, n° 14568, p. 1) ou de l'accord *Rhodia* (Accord cadre portant sur les mesures et modalités de la gestion anticipée des métiers, des emplois et des compétences conclu entre la direction du groupe *Rhodia* et la CGT et la CFDT le 14 mars 2007, non publié), de l'accord du groupe *Sperian* sur la GPEC du 10 mars 2009, LSQ 22 avr. 2009, n°15349, p. 1, de l'accord GPEC du groupe *IBM France* du 3 fév. 2009, LSQ du 19 juin 2009, n°131/2009, LSQ n°15386, p. 1.

l'exécution des prévisions de l'accord, ou des dommages et intérêts en cas d'obligation de faire¹.

Par ailleurs, en parallèle de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi par l'employeur, il est envisageable que soit conclu un accord dans lequel une ou plusieurs sociétés du groupe s'engagent à financer tout ou partie des mesures prévues par le plan. La Cour de cassation a en effet jugé que constitue un accord collectif dans ses dispositions qui définissent des mesures d'accompagnement s'ajoutant à celles contenues dans les plans de sauvegarde de l'emploi établis par l'employeur, l'accord intitulé « Annexe PSE » conclu par le mandataire liquidateur de la société projetant le grand licenciement collectif, le président de la société-mère du groupe, les délégués syndicaux, les représentants du personnel, le préfet, le vice-président du conseil régional et les représentants des syndicats, peu important qu'il contienne des clauses qui ne relèvent pas du champ de la négociation collective ». En l'espèce, cet accord prévoyait le financement par la société-mère à hauteur de 3 450 000 euros de diverses mesures telles des congés de conversion, une aide à la formation, à la création d'entreprise et à la mobilité, des indemnités exceptionnelles et notamment une indemnité de 21 000 euros attribuée aux salariés ayant au moins trois ans d'ancienneté². Si le débiteur de l'obligation légale d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi reste la seule société employeur, la société-mère en concluant cet accord devient débitrice d'une obligation conventionnelle de participer au financement des mesures du plan.

L'employeur est donc le seul débiteur de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales dès lors qu'il envisage de prononcer au moins dix licenciements pour motif économique en trente jours dans une entreprise de cinquante salariés au moins, la jurisprudence ayant précisé les modalités d'appréciation de ces seuils.

¹ Art. 1142, C. civ.

² Cass. soc. 15 oct. 2013, n° 12-22.911, à paraître au Bulletin, Lettre d'actu. des proc. coll. civ. et com. 2013, alerte 297, note L. FIN-LANGER.

B - Les conditions d'appréciation du seuil de cinquante salariés et du nombre de licenciements projetés.

754. Niveau d'appréciation des conditions de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi. C'est au niveau de l'entreprise, prise dans l'ensemble de ses établissements situés sur le territoire français¹, que doivent être appréciées les conditions d'effectif (au moins cinquante salariés) et du nombre de ruptures envisagées (dix sur une même période de trente jours) imposant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi².

Si en principe les conditions d'effectif et du nombre de licenciements projetés doivent être appréciées au niveau de la société employeur, à l'exclusion du niveau de l'UES dont il est, le cas échéant, membre³, *« il en va autrement lorsque, dans le cadre d'une unité économique et sociale, la décision de licencier a été prise au niveau de cette UES »*⁴. Cette solution ne peut que susciter l'adhésion dans la mesure où dès lors que le projet de licenciement est arrêté à un niveau supérieur aux différentes sociétés composant l'UES, il n'y a pas de raison de limiter à leur seul niveau l'appréciation des conditions d'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Si cette solution permet une mise en adéquation entre le niveau auquel est prise la décision de restructuration se traduisant par le prononcé d'un grand licenciement collectif et celui auquel sont appréciées les conditions imposant la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi⁵, elle ne modifie pas le débiteur de l'obligation d'élaborer le plan qui reste la seule société employeur. En effet, si l'UES, dépourvue de la

¹ Cass. soc., 23 sept. 2008, Bull. civ. V, n° 171 ; RDT 2008, p. 737, obs. E. LAFUMA ; Dr. soc. 2008, p. 1265, obs. J.-P. LHERNOULD.

² Cass. soc., 16 janv. 2008, Bull. civ. V, n° 8 ; RDT 2008, p. 236, obs. P. WAQUET ; Cass. soc., 30 juin 2004, Bull. civ. V, n° 186 ; JCP G 2005, I, 122, n° 19, obs. P. MORVAN ; Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-45.481, Bull. civ. 2009, V, n° 26 ; RJS 2009, n° 331 ; D. 2009, p. 502, obs. L. PERRIN ; Dr. soc. 2009, p. 497, obs. J. SAVATIER ; JCP S 2009, 1176, note F. DUMONT ; J.-E. TOURREIL, « L'UES n'est pas le cadre de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi », JSL 2009, n° 252 ; RDT 2009, p. 233, obs. J.-Y. FROUIN ; P. GOURDON, « Le GIE, le comité d'entreprise et l'employeur », Bull. Joly Sociétés 2009, n° 7, p. 677.

³ Cass. soc., 16 janv. 2008, Bull. civ. V, n° 8, préc. ; Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-45.481, Bull. civ. 2009, V, n° 26, préc.

⁴ Cass. soc., 16 nov. 2010, Bull. civ. V, n° 258 ; RJS 2011, n° 117 ; Dr. soc. 2011, p. 105, note L. PECAUT-RIVOLLIÉ ; V. G. COUTURIER, « Le licenciement collectif dans une unité économique et sociale », Dr. soc. 2011 p. 175 ; N. DAUXERRE, « Appréciation du nombre de licenciements dans le cadre de l'UES », JCP S 2011, 1007 ; E. PESKINE, « L'appréciation des conditions imposant l'établissement d'un PSE : nouvelle terre d'élection pour l'UES ? », RDT 2011, p. 112 ; L. PECAUT-RIVOLLIÉ, « L'UES a franchi le gué », SSL 2010, n° 1472 ; G. AUZÉRO, « Les conditions de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau de l'unité économique et sociale », Lexbase hebdo, éd. soc. n° 421, 16 déc. 2010, N° LXB : N8358BQM ; J.-E. TOURREIL, « Les conditions d'élaboration doivent s'apprécier au niveau de l'UES », JSL 2011, n° 291 ; Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-72.611, inédit ; G. AUZÉRO, « Les conditions d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau d'une UES », Bull. Joly Sociétés 2011, n° 9, p. 735 ; Cass. soc., 9 mars 2011 Bull. civ. V, n° 70 ; JCP S 2011, 1200 note F. FAVENNEC-HERY ; RJS 2011, n° 408 ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 514, note B. SAINTOURENS.

⁵ En ce sens également, J. DANIEL, « Les périmètres du PSE en pratique », JCP S 2013, 1203 ; G. AUZÉRO, art. préc.

personnalité juridique, est considérée comme l'entreprise en droit du travail, elle n'est pas pour autant l'employeur de l'ensemble des salariés des sociétés membres de l'UES¹. Chacune des sociétés membres de l'UES reste une personne morale à part entière. A ce titre, la société employeur des salariés menacés de licenciement pour motif est l'unique débitrice de l'obligation d'établir un PSE.

Ainsi, le nombre de licenciements projetés et la condition d'effectif sont donc appréciés au seul niveau de l'entreprise qui projette la restructuration, sauf situation de coemploi impliquant l'appréciation des seuils au niveau des coemployeurs². Ce n'est que si, et seulement si, il est démontré que la compression d'effectif a été décidée par la direction commune de l'UES que la vérification des conditions imposant l'élaboration d'un plan seront examinées à ce niveau. Il est ainsi essentiel que soit mis en exergue le fait que « *la décision de licencier a été prise au niveau de cette unité* », ce qui ressort notamment du fait que « *les sociétés formant l'unité économique et sociale s'étaient concertées pour envisager simultanément une série de licenciements économiques relevant d'un même plan de restructuration* »³, ou que la direction de l'UES a artificiellement divisé le nombre de licenciements envisagés entre les différentes sociétés membres afin d'échapper aux conditions imposant la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi⁴.

Si la Cour de cassation admet exceptionnellement la prise en compte du niveau auquel la décision de restructuration destructrice d'emploi a été arrêtée pour déterminer l'existence ou non de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, l'application de ce principe est limitée à l'éventualité que le projet de licenciement ait été envisagé par la direction de l'UES ; elle ne s'étend pas à l'hypothèse dans laquelle le projet de restructuration impliquant des ruptures pour motif économique est arrêtée au niveau de la direction du groupe. Ainsi, si la décision de procéder à un grand licenciement collectif dans une filiale est arrêtée par la direction du groupe, les conditions d'effectif et de nombre de ruptures n'ont pas à être appréciées au niveau du groupe, sauf à ce que soit démontrée l'existence d'une unité économique et sociale entre la société dirigeant le groupe et celle(s)

¹ Cass. soc., 16 déc. 2008, Bull. civ. V, n° 255 ; D. 2009, 986, note F. PETIT ; RDT 2009, p. 228, obs. B. LARDY-PELISSIER ; Dr. soc. 2009, p. 500, obs. J. SAVATIER.

² En effet, après avoir rappelé que « *c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être vérifiées les conditions d'effectif et de nombre des licenciements imposant l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan* », la Cour de cassation admet implicitement que, pour déterminer l'existence de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, doivent être pris en considération les effectifs et le nombre de licenciements projetés dans d'autres entreprises membres d'un GIE à la condition que soit caractérisée leur qualité de coemployeurs ; Cass. soc., 28 janv. 2009, Bull. civ. 2009, V, n° 26, préc.

³ Cass. soc., 9 mars 2011, Bull. civ. V, n° 70, préc.

⁴ Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-72.611, inédit, préc.

dans laquelle (lesquelles) ont été projetés les licenciements, seule hypothèse dans laquelle les conditions d'effectifs pourront être appréciées à un niveau plus large que la seule société employeur¹.

755. Date d'appréciation des conditions d'établissement d'un PSE. C'est à la date à laquelle est engagée la procédure de licenciement collectif, c'est-à-dire à la date d'envoi de la convocation à la première réunion des représentants du personnel relative au projet de licenciement, que doit être apprécié l'effectif employé par l'entreprise ainsi que le nombre de licenciements projetés, afin de déterminer si l'employeur est ou non tenu d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi². De ce point de vue, il existe une différence entre le champ d'application de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi et celle d'informer/consulter le comité d'entreprise sur un projet de grand licenciement collectif. La seconde obligation a un champ d'application plus vaste que la première. En effet, l'article L. 1233-61 du Code du travail impose la mise en œuvre d'un PSE lorsqu'est projeté un grand licenciement collectif dans « *les entreprises d'au moins cinquante salariés* », alors que l'article L. 1233-30 dudit Code relatif à l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur le projet de licenciement vise pour sa part les « *entreprises ou établissements employant habituellement au moins cinquante salariés* »³, étant précisé que la baisse de l'effectif de l'entreprise en deçà de cinquante salariés n'a pas pour effet d'entraîner la disparition du comité d'entreprise. Dans une certaine mesure la seule présence de ce dernier, peu important l'effectif de l'entreprise, impose à l'employeur de respecter la procédure de consultation lorsqu'il envisage au moins dix licenciements sur une période de trente jours, un plan de sauvegarde de l'emploi ne devant en revanche pour sa part être élaboré que si l'entreprise emploie au moins cinquante salariés au jour de l'engagement de la procédure⁴.

Seules les entreprises employant au moins cinquante salariés au jour de l'envoi de la convocation à la première réunion du comité, relative au projet de grand licenciement collectif, sont assujetties à l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi. À ce titre, ne peuvent être pris en compte pour vérifier si ce seuil est ou non atteint, d'anciens salariés dont les licenciements prononcés dans le cadre d'un précédent projet ont été annulés puisque « *sauf fraude, la nullité des licenciements prononcés avant (...) n'emportait pas à elle*

¹ Cass. soc., 27 fév. 2013, n° 11-27.095, inédit.

² Cass. soc., 12 juil. 2010, Bull. civ. V, n° 165 ; JCP S 2010, 1400, obs. L. DRAI ; Cass. soc., 13 juil. 2010, n° 09-65.182, RJS 10/10, n° 738, 1^{ère} esp.

³ En ce sens également, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 632.

⁴ Cass. soc., 12 juil. 2010, préc.

seule réintégration des salariés licenciés dans l'entreprise ». Ainsi, si au jour de l'engagement de la procédure sur le second projet de licenciement l'effectif de l'entreprise n'atteint plus cinquante salariés, l'employeur n'a pas à élaborer de plan de sauvegarde de l'emploi¹.

C'est également au jour de l'engagement de la procédure de consultation sur le licenciement collectif que doit être appréciée l'ampleur du projet de licenciement : si à cette date il concerne au moins dix ruptures sur une même période de trente jours l'employeur devra donc élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi². Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'employeur est tenu d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi pour chaque projet de grand licenciement collectif, et ce, y compris lorsque les projets se succèdent, dès lors qu'ils s'intègrent dans des opérations de restructuration distinctes. Un plan de sauvegarde de l'emploi établi pour un projet de grand licenciement collectif ne saurait prévoir qu'en cas de futurs licenciements prononcés dans le cadre d'une éventuelle procédure collective ouverte à l'encontre de l'entreprise, il serait applicable, exonérant ainsi l'employeur de l'obligation d'en établir un autre, spécifique au nouveau projet de licenciement. Ainsi, si l'employeur envisage de procéder à un second licenciement collectif exigeant la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, alors même que le plan précédent est toujours en cours d'application, il devra élaborer un nouveau plan contenant des mesures tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et favoriser la réinsertion des salariés qui quitteront l'entreprise dans le cadre de ce nouveau projet de restructuration destructrice d'emploi. Les salariés dont l'emploi est menacé par le second projet ne pourront prétendre au bénéfice des stipulations du premier plan et *vice versa*. Le seul plan dont les salariés peuvent revendiquer l'application est celui en vigueur au moment où la décision de les licencier a été prise et non pas un second plan applicable au jour de la notification du licenciement³.

¹ Cass. soc., 26 nov. 2013, n°12-19.247, à paraître au Bulletin, JCP S 2013, act. 492.

² Cass. soc., 10 juil. 2001, Bull. civ. V, n° 256.

³ Cass. soc., 15 déc. 1993, n° 91-43.899 et n° 91-43.901, RJS 2/94, n° 145. La position de la Cour de cassation sur cette question a évolué au fil des années. Elle a d'abord décidé dans un arrêt du 14 novembre 1990 que des salariés licenciés, alors qu'un plan social était applicable à la date de la notification de leurs licenciements, ne pouvaient bénéficier de ce plan dès lors qu'un autre avait été adopté au cours de l'exécution de leur préavis (Cass. soc., 14 nov. 1990, Dr. soc. 1991, p. 677.). Elle décidait ainsi que le plan dont relevaient les salariés n'était pas celui qui était en vigueur au moment de leur licenciement mais celui qui était applicable au jour de la cessation totale et définitive des effets du contrat de travail rompu. Cette solution a suscité la réprobation de la doctrine, au motif incontestable que « la créance avait pris naissance au moment de la notification du licenciement, qui en constituait le fait générateur et l'arrêt rapporté ne peut qu'encourir la critique : la créance née au moment de la notification, tombée dès cet instant dans le patrimoine du salarié, ne pouvait disparaître à la suite d'un changement de plan social » (R. VATINET, « Plan social et droits individuels des salariés licenciés pour motifs économiques », Dr. soc. 1991, p. 671.). En effet, le licenciement est l'acte-condition qui entraîne l'application des dispositions du plan et, à ce titre, l'adoption d'un second plan au cours de l'exécution du préavis ne saurait remettre en cause le droit intangible du salarié acquis au moment de la rupture du contrat. Il est donc heureux que la Cour de cassation soit revenue sur cette position contestable.

Outre les conditions d'appréciation des seuils d'effectifs imposant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, la jurisprudence a également déterminé les ruptures qui devaient être prises en compte pour apprécier le seuil de dix licenciements sur une même période de trente jours.

C - Les ruptures prises en considération pour apprécier l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

Lorsque le chef d'une entreprise employant au moins cinquante salariés envisage de rompre le contrat d'au moins dix d'entre eux sur une même période de trente jours, il est tenu d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, peu important le(s) mode(s) de rupture du contrat qu'il envisage (1). Si son projet de restructuration consiste à proposer à ses salariés une modification de leur contrat pour un motif économique, il ne sera tenu par cette obligation que lorsque dix d'entre eux auront refusé la modification proposée, sauf si celle-ci s'inscrit dans le cadre d'un accord de mobilité interne ou de maintien de l'emploi (2). Par ailleurs, s'il envisage de réduire l'effectif de l'entreprise uniquement au moyen de départs volontaires, son projet excluant le prononcé de licenciements, si le nombre de salariés acceptant le départ volontaire est inférieur à l'objectif initial de suppressions d'emplois, l'employeur devra certes élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi mais sera dispensé d'y inclure un plan de reclassement interne (3).

1 - La prise en compte de toutes les ruptures pour motif économique.

756. L'article L. 1233-61 du Code du travail impose à l'employeur dans une entreprise de cinquante salariés au moins d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi « *lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours* ». Toutefois, afin d'éviter que les employeurs n'éludent le droit du licenciement pour motif économique et notamment celui applicable aux licenciements collectifs en utilisant d'autres modes de rupture la loi du 29 juillet 1992 est venue préciser que **toutes les ruptures** du contrat de travail, **quel qu'en soit le mode**, sont soumises au droit du licenciement pour motif économique dès lors qu'elles trouvent leur fondement dans un motif non inhérent à la

personne du salarié¹. L'article L. 1233-3, alinéa deux, du Code du travail précise ainsi que les dispositions du chapitre du Code du travail relatif au licenciement pour motif économique « *sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants* », résultant d'une cause économique.

Ainsi, pour apprécier si la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi s'impose ou non, l'ensemble des ruptures envisagées dans le cadre de la restructuration doit donc être pris en compte, qu'il s'agisse des licenciements *stricto sensu*, des départs à la retraite² ou des mises à la retraite décidés dans le cadre du plan de compression des effectifs³, des préretraites⁴, des ruptures amiables⁵ ou encore des départs volontaires⁶. La soumission de « *toute rupture* » fondée sur un motif économique au droit du licenciement pour motif économique et donc, potentiellement, au droit des licenciements collectifs et à l'obligation de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi, est de longue date l'objet de vives critiques. L'abrogation pure et simple de l'alinéa deux de l'article L. 1233-3 du Code du travail a ainsi été évoquée lors des débats parlementaires relatifs au projet de loi de cohésion sociale, deux amendements tendant à la suppression de cet alinéa ayant été déposés⁷, afin

¹ Loi n° 92-722, du 29 juillet 1992, portant adaptation de la loi no 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle, art 26, JO du 30 juillet 1992, p.10215. Si l'ordonnance du 12 mars 2007 relative au Code du travail a omis de reprendre cette disposition (Ordon. n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), JO du 13 mars 2007, p. 4740), cet oubli a heureusement été corrigé par la loi du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance qui l'a réintroduite à l'alinéa 2 de l'article L. 1233-3 du Code du travail (Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), JO du 22 janvier 2008, p. 1122. La loi du 25 juin 2008 de modernisation du marché du travail qui a introduit la rupture conventionnelle aux articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail, a expressément exclu la soumission de cette dernière aux dispositions du chapitre relatif au licenciement pour motif économique (Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JO du 26 juin 2008, 10224).

² Cass. soc., 25 juin 2002, Bull. civ. V, n° 214.

³ Cass. soc., 18 avr. 2000, Bull. civ. V, n° 142 ; Dr. soc. 2000, obs. J. SAVATIER ; GADT, 4^{ème} éd., n° 97 ; JCP E 2000, 1666, note A. TESSIER ; Cass. soc., 2 nov. 2000, n° 03-46.325, inédit, RJS 1/06, n° 30 ; Cass. soc., 18 mars 2008, Bull. civ. V, n° 63 ; RDT 2008, p. 527, obs. A. FABRE ; JCP S 2008, 1368, note D. EVEREART-DUMONT ; Dr. soc. 2008, p. 755, obs. J. SAVATIER.

⁴ Cass. soc., 1^{er} fév. 2011, n° 09-70.121, inédit.

⁵ Cass. soc. 2 déc. 2003, Bull. civ. V, n° 308 ; Dr. soc. 2004, p. 318, obs. J. SAVATIER ; JCP E 2004, 677, note F. PETIT ; JCP E 2004, 1147, obs. J.-F. CESARO ; D. 2004, Somm. 390, obs. A. LYON-CAEN ; RDC 2004, p. 384, note C. RADÉ ; Cass. soc., 8 fév. 2012, Bull. civ. V, n° 64 ; JCP S 2012, 1167, obs. F. FAVENNECHERY ; RDT 2012, p. 220, obs. F. GÉA Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-15.019, Bull. civ. V, n° 254 ; RDT 2009, p. 165, obs. A. FABRE ; Dr. soc. 2009, p. 374, obs. G. COUTURIER.

⁶ Cass. soc. 22 février 1995, *IBM*, Bull. civ. V n° 68 ; Cass. soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 202 ; Cass. soc., 13 sept. 2005, Bull. civ. V, n° 252, Dr. soc. 2005, p. 1059, obs. G. COUTURIER.

⁷ Amendements n° 55 rectifié et 308, rejetés lors de la 3^{ème} séance à l'Assemblée nationale du 2 décembre 2004.

notamment de « libérer le départ volontaire pour motif économique » de l'application du droit du licenciement collectif¹. Ces amendements furent rejetés, comme la redéfinition du licenciement pour motif économique envisagée par le MEDEF dans le premier projet d'ANI sur la sécurisation de l'emploi, qui aurait abouti à la suppression dudit alinéa², si les organisations syndicales y avaient consenti et si elle avait été consacrée par le législateur.

757. Prise en compte des seules ruptures conventionnelles pour motif économique homologuées. Bien que les partenaires sociaux aient expressément stipulé dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 que l'instauration du nouveau mode de rupture autonome que constitue la rupture conventionnelle homologuée par l'Administration du travail ne devait pas « *porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique* »³, le législateur n'a nullement écarté le risque d'un contournement du droit du licenciement collectif par le biais de multiples ruptures conventionnelles. Bien au contraire, la loi du 25 juin 2008 est venue modifier l'alinéa 2 de l'article L. 1233-3 du Code du travail pour exclure l'application du chapitre relatif au droit du licenciement pour motif économique aux ruptures conventionnelles visées aux articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail⁴. Si le refus d'homologation par l'Administration du travail de ruptures conventionnelles destinées à contourner les procédures de licenciement collectif constitue un premier rempart à de telles pratiques⁵, la Cour de cassation est venue le consolider. En effet au visa des articles L. 1233-3, alinéa 2, du Code du travail et 12 de l'ANI étendu du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, appliqués à la lumière de la directive du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs⁶, elle a affirmé que « *lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les*

¹ P. MORVAN, « Libérer le départ volontaire pour motif économique », Dr. soc. 2005, p. 59 ; P. MORVAN, *op. préc.*, p. 659 et s.

² Projet d'ANI soumis par le MEDEF aux syndicats le 14 novembre 2012 ; Sur ce projet, V. D. BAUGARD et R. BEN HAMZA, « Premier regard sur le projet du Medef sur la sécurisation de l'emploi », SSL 2012, 1562.

³ ANI du 11 janvier 2008, sur la modernisation du marché du travail, art. 12.

⁴ Loi du 25 juin 2008, *préc.*

⁵ La circulaire du 23 mars 2010 enjoint en effet à l'autorité administrative de « *vérifier l'existence ou non d'un contournement des procédures de licenciement collectif justifiant un refus d'homologation de la rupture conventionnelle* » dont le recours massif à la rupture conventionnelle dans une entreprise ou un groupe confronté à un contexte économique difficile constitue un indice. Circ. DGT n° 2 du 23 mars 2010 relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée

⁶ Dir. n° 98/ 59/ CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *préc.*

obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi »¹. Elle a par la suite précisé que lorsqu'elles constituent une modalité d'un processus de réduction des effectifs pour une cause économique, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer si l'employeur est ou non tenu de respecter les dispositions relatives aux grands licenciements collectifs, et notamment celle de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi, à la condition toutefois que les contrats de travail aient été rompus après l'homologation des conventions par l'Administration du travail².

Pour devoir être prise en compte pour déterminer si le seuil de dix ruptures en trente jours impliquant la mise en œuvre obligatoire d'un plan de sauvegarde de l'emploi est atteint, il est indispensable que la rupture conventionnelle homologuée repose sur un motif économique. Tel n'est pas le cas d'une rupture conventionnelle intervenue certes dans la même période de trente jours que neuf licenciements pour motif économique mais qui, pour sa part, ne reposait pas sur un tel motif, comme en témoigne le fait que les négociations relatives à la convention de rupture avaient été engagées avec le salarié plusieurs mois avant que ne soit envisagé le projet de licenciement collectif pour motif économique³. Seules les ruptures conventionnelles reposant sur un motif économique ayant été homologuées par l'Administration du travail doivent donc être prises en compte pour déterminer si l'employeur est soumis, ou non, à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

Si toutes les ruptures pour motif économique doivent être prises en considération pour déterminer si l'employeur doit, ou non, élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, lorsque son projet consiste à proposer aux salariés une modification de leur contrat pour un motif non-inhérent à leur personne, il ne sera tenu de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi qu'à partir du moment où au moins dix salariés auront rejeté sa proposition de modification, à condition qu'elle ne s'inscrive pas dans le cadre d'un accord de mobilité interne ou de maintien de l'emploi.

¹ Cass. soc., 9 mars 2011, Bull. civ. V, n° 70 ; RJS 2011, p. 347, note G. COUTURIER ; JCP S 2011, 1200, note F. FAVENNEC-HERY ; JCP E 2011, 1337, note F. TAQUET ; RDT 2011, p. 226, rapp. J.-M. BERAUD et p. 244, note F. GÉA ; SSL 2011, n° 1484, p. 7, note J. PELISSIER ; JSL 2011, n° 298, p. 8, note M. HAUTEFORT ; D. 2001, 886, obs. B. INES ; D 2012, 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; G. LOISEAU, « Les ruptures conventionnelles pour motif économique », Dr. soc. 2011, p. 681.

² Cass. soc., 29 oct. 2013, n° 12-15.382, à paraître au Bulletin, JCP S 2013, act. 447.

³ Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-23.134, inédit.

2 - Les restructurations consistant à modifier les contrats pour motif économique.

758. La Cour de cassation estimait en 1991 que le licenciement de plusieurs salariés résultant de leur refus d'une proposition de modification de leur contrat pour un motif économique constituait une somme de licenciements individuels pour motif économique et non un licenciement collectif. L'employeur était ainsi exonéré, dans cette hypothèse, de l'obligation de respecter la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement collectif et la mise en place, le cas échéant, d'un plan de sauvegarde de l'emploi¹. Afin de censurer cette analyse, la loi du 29 juillet 1992 introduisit dans le Code du travail l'ancien article L. 321-1-2², transféré à L. 321-1-3 par la loi du 20 décembre 1993³. Ce texte disposait alors que lorsque que pour un motif économique « *l'employeur envisage le licenciement de plusieurs salariés ayant refusé une modification substantielle de leur contrat de travail, ces licenciements sont soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique* ». La rédaction relativement ambiguë de ce texte imposait de déterminer le moment (au stade de la proposition de modification ou du refus du salarié ?) auquel l'employeur devait mettre en œuvre la procédure d'information/consultation des représentants du personnel et éventuellement élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi.

Afin de combattre les pratiques de certaines entreprises qui, pour éviter d'atteindre « le seuil fatidique » des dix refus de modification⁴, pouvaient être tentées de faire pression sur les salariés pour qu'ils démissionnent ou acceptent la modification, ou qui prononçaient en marge des licenciements pour motif économique des licenciements pour motif personnel⁵, la Cour de cassation a décidé dans les fameux arrêts *Framatome et Majorette* que l'employeur était tenu de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi dès lors qu'il **proposait** une modification de leur contrat pour un motif économique à au moins dix salariés, peu important

¹ Cass. soc., 9 oct. 1991, Bull. civ. V, n° 399 ; D. 1992, 127, note N. DECOOPMAN ; D. 1992, Somm. 291, obs. A. LYON-CAEN.

² Loi n° 92-722, du 29 juil. 1992, préc.

³ Loi n° 93-1313, du 20 déc. 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, JO du 21 décembre 1993, p. 17769.

⁴ Synonyme de mise en place de la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de grand licenciement collectif et d'éventuelle élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi si l'entreprise compte au moins cinquante salariés, art. L. 1233-61, C. trav.

⁵ En ce sens, C. RADÉ, « Feu la jurisprudence Framatome et Majorette », Dr. soc. 2005, page 386.

qu'en définitive le nombre de licenciements prononcés soit inférieur à dix¹. Tirant parti de l'ambiguïté de la rédaction de l'article L. 321-1-3 du Code du travail à l'époque², la Cour de cassation interpréta ce texte comme imposant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi dès lors que dix licenciements pour motifs économique étaient « envisageables » peu important qu'ils ne soient pas encore « envisagés ».

759. Décriée ou approuvée, cette jurisprudence n'aura laissé aucun commentateur indifférent. Certains y voyaient une extension *contra legem* de la procédure de licenciement collectif³, particulièrement critiquable puisqu'elle pouvait conduire à imposer le respect de la procédure d'information/consultation sur un projet de grand licenciement collectif, procédure lourde et complexe, voire l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi alors même, qu'en définitive, aucune rupture ne serait prononcée et que l'employeur avait choisi, à ce stade de la procédure, de ne pas procéder à des licenciements. À l'inverse, d'autres approuvaient sans réserve cette solution qui se plaçait dans une logique d'anticipation des ruptures particulièrement salvatrice, et conforme de surcroît à l'esprit des textes conférant aux représentants du personnel un droit de regard global sur les opérations de restructuration⁴.

Toutefois, les critiques récurrentes adressées à cette position jurisprudentielle, tant par certains auteurs que par le patronat⁵, furent entendues par le législateur de 2005 qui censura cette jurisprudence en modifiant l'article L. 321-1-3 du Code du travail, devenu depuis la

¹ Cass. soc., 3 déc. 1996, *Framatome*, Bull. civ. V, n° 411 (1er arrêt) ; Cass. soc., 3 déc. 1996, *Majorette*, Bull. civ. V, n° 411 (2ème arrêt) ; GADT, 4^{ème} éd., n° 109 ; JCP 1997, II, 22814, note J. BARTHELEMY ; Gaz. Pal. 1997, I, 4, note PHILBERT ; RJS 1997, p. 12, concl. P. LYON-CAEN ; Dr. soc. 1997, p. 18, rapp. WAQUET ; Dr. ouv. 1997, note M.-F. BIED-CHARRON ; dans le même sens V. Cass. soc., 10 juil. 2001, Bull. civ. V, n° 256 ; 22 fév. 2005, Cass. soc., Dr. soc. 2005, p. 556, note Y. CHAGNY, « La jurisprudence Framatome et Majorette : les derniers feux ? » ? Dr. soc. 2005, p. 556.

² Ambiguïté soulevée par Gérard COUTURIER avant même les arrêts *Framatome* et *Majorette* ; G. COUTURIER, *Droit du travail, Tome 1 : Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., p. 397.

³ Analyse confirmée par la circulaire du 29 décembre 1992 selon laquelle le licenciement ne pouvait être envisagé que dès lors que les salariés avaient refusé la modification. Circulaire du 29 décembre 1992, LS 93, LEG.D2 n° 67/79 ; P. LANGLOIS, « La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail », D. 1997, chron. p. 45 ; pour une critique « récente » de cette jurisprudence, V. B.GAURIAU, « La jurisprudence « Framatome et Majorette » ne doit-elle pas être abandonnée ? », Dr. soc. 2004, p. 375 ; C. RADÉ, « Feu la jurisprudence Framatome et Majorette », Dr. soc. 2005, p. 386 ; F. FAVENNEC-HERY, « Loi Borloo : une nouvelle approche de la modification », SSL 2005, n° 1198, du 17 janv. 2005, p. 9 ; J.-E. RAY, « Avant-propos – La loi du 18 janvier 2005, continuités et contournements », Dr. soc. 2005, p. 359.

⁴ G. LYON-CAEN, « Les pochettes surprises de la chambre sociale : l'arrêt *Aventis pharma* », SSL 2004, n° 1154, du 2 fév. 2004, p. 6 ; H. TOURNIQUET, « Jurisprudence *Framatome-Majorette* : à quoi joue le législateur ? », Dr. ouv. 2007, p. 160 ; I. MEYRAT, « Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat pour motif économique », Dr. ouv. 2005, p. 296.

⁵ Le MEDEF avait souhaité qu'il soit mis fin à cette jurisprudence lors de la négociation nationale interprofessionnelle engagée en 2003, négociation qui échoua.

recodification l'article L. 1233-25¹. Cet article dispose désormais que « *Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, proposée par leur employeur pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique.* ». La loi de cohésion sociale modifia également l'article L. 1233-3 dudit Code définissant le licenciement pour motif économique, afin de tenir compte de la mise en cause de la jurisprudence *Framatome et Majorette*.

760. On peut regretter la censure de cette jurisprudence qui, comme l'a souligné un auteur, prenait en compte le nombre de salariés « licenciables » et non seulement « licenciés »², permettant ainsi d'intégrer dans le plan de sauvegarde de l'emploi non seulement des mesures sociales accompagnant la modification proposée mais surtout des dispositifs dédiés aux salariés visés par la proposition de modification dont l'emploi est *a priori* menacé. Cette jurisprudence mettait ainsi l'accent sur la fonction première du plan de sauvegarde de l'emploi qui est d'éviter les licenciements ou du moins d'en limiter le nombre³. Sa condamnation, subordonnant la mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi au refus par au moins dix salariés de la modification proposée, affaiblit cet objectif de sauvegarde de l'emploi au profit de celui d'accompagnement des licenciements⁴.

De surcroît, s'il n'est pas faux, comme certains le soutiennent, que lorsque l'employeur propose à plusieurs salariés une modification de leur contrat pour un motif économique, il n'a pas décidé de procéder à un licenciement collectif, il semble difficilement plausible que cette éventualité ne lui ait à aucun moment traversé l'esprit... Le licenciement des salariés refusant l'offre de révision contractuelle est en effet l'une des trois suites

¹ Loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005, préc. Les critiques adressées à la jurisprudence *Framatome et Majorette* avaient d'abord trouvé un surprenant écho auprès de Pierre SARGOS alors Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui annonça en 2003 que « la jurisprudence très controversée *Framatome et Majorette* (...) [était] sur la sellette ou, à tout le moins, en débat » et que la question d'un revirement allait être posée à la Chambre sociale de la Cour de cassation (P. SARGOS, SSL, n° 1130, du 7 juil. 2003, p. 5. Le revirement n'eut finalement pas lieu puisque la Chambre sociale maintint sa position dans l'arrêt *Aventis Pharma* du 21 janvier 2004 (Cass. soc. 21 janv. 2004, Bull. civ. V, n° 26). S'en suivit une « passe d'armes relativement « musclée » » par articles interposés publiés par la Semaine sociale Lamy entre Gérard LYON-CAEN (SSL 2004, n° 1154, du 2 fév. 2004) et Pierre SARGOS (SSL 2004, n° 1157, du 23 fév. 2004), polémique qui fut relayée par le Canard enchaîné en date du 3 mars 2004 qui y consacra un article partial, particulièrement acide à l'encontre de la Cour de cassation et de son Président, intitulé « Les droits des salariés se démontent en douce à la Cass' ».

² C. RADÉ, art. préc.

³ GADT, préc. p. 508 ; C. RADÉ, art. préc. ; B. GAURIAU, art. préc. ; I ; MEYRAT, art. préc. G. LYON-CAEN, art. préc.

⁴ En ce sens GADT, préc. p. 508 ; C. RADÉ, art. préc. ; B. GAURIAU, art. préc. ; I ; MEYRAT, art. préc. G. LYON-CAEN, art. préc.

envisageables à la proposition de modification¹. Or, plus la procédure d'information/consultation des représentants du personnel est engagée en amont de la mise en œuvre d'une restructuration potentiellement destructrice d'emplois, plus l'éventualité des ruptures est anticipée, plus les représentants du personnel sont à même de faire des propositions alternatives au projet de restructuration et de grand licenciement collectif, mais également d'obtenir l'amendement du projet de plan de sauvegarde de l'emploi pour qu'il concoure réellement à éviter des licenciements, à en limiter le nombre et à améliorer les mesures de reclassement externe pour que les salariés dont le licenciement ne pourra être évité puissent au plus vite retrouver une activité professionnelle. De ce point de vue, l'analyse téléologique réalisée par la Cour de cassation dans les arrêts *Framatome et Majorette*, en permettant l'information/consultation des représentants du personnel au stade de la proposition de la modification et non de son refus, était pleinement conforme à la volonté du législateur européen exprimée dans les motifs de la directive du 11 mars 2002². Cette directive relative à l'information/consultation des représentants des travailleurs n'est certes pas dédiée aux procédures de licenciement collectif mais elle met en exergue que « ***les cadres juridiques en matière d'information et de consultation des travailleurs qui existent aux niveaux communautaire et national sont souvent excessivement orientés vers le traitement a posteriori des processus de changement, négligent les aspects économiques des décisions et ne favorisent pas une réelle anticipation de l'évolution de l'emploi au sein de l'entreprise et la prévention des risques.*** »³. À ce titre, l'exposé des motifs de la directive affirme non seulement qu'« *il importe de renforcer le dialogue social et les relations de confiance au sein de l'entreprise afin de favoriser l'anticipation des risques* »⁴, mais aussi qu'« ***une information et une consultation en temps utile constituent une condition préalable à la réussite des processus de restructuration et d'adaptation des entreprises*** »⁵.

Cette concertation avec les représentants du personnel sur le projet de restructuration consistant à modifier les contrats de travail de plusieurs salariés, susceptible de faire évoluer ledit projet, permettait d'éclairer les salariés concernés par la proposition de modification. En

¹ En effet, lorsque l'employeur propose une modification du contrat de travail à un ou plusieurs salariés trois issues sont envisageables : soit le salarié accepte la proposition et le contrat est donc modifié, soit il la refuse et dans ce cas deux options s'offrent à l'employeur renoncer à la modification proposée, qu'il ne peut imposer au salarié en application de l'article 1134 du Code civil, ou procéder à son licenciement.

² Dir. n° 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne - Déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur la représentation des travailleurs, JOCE n° L 080 du 23 mars 2002 ; p. 0029.

³ Dir. n° 2002/14/CE, du 11 mars 2002, préc., consid. 13.

⁴ Dir. n° 2002/14/CE, du 11 mars 2002, préc., consid. 7.

⁵ Dir. n° 2002/14/CE, du 11 mars 2002, préc., consid. 9.

effet, grâce, d'une part aux informations délivrées au comité sur la situation de l'entreprise et les raisons économiques qui motivent la réorganisation impliquant des aménagements contractuels, et, d'autre part à la transmission du projet de plan au début de la procédure, les salariés destinataires de l'offre de modification avaient la possibilité de mesurer leurs chances de reclassement internes et externes et pouvaient ainsi se prononcer en toute connaissance de cause. Désormais, il existe une différence de traitement au niveau collectif des effets sur l'emploi d'une restructuration, selon qu'elle emporte des suppressions ou des transformations d'emplois ou des modifications des contrats pour motif économique. Or comme le soulignait Gérard LYON-CAEN, « toute restructuration doit comporter les mêmes garanties minimales pour le personnel » qu'il soit concerné par une suppression ou une transformation d'emploi ou une éventuelle modification de son contrat¹. Or, seuls les projets de restructuration impliquant des suppressions ou transformations d'emploi donnent lieu dès que leur mise en œuvre est envisagée à la consultation des représentants du personnel et à l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi.

761. Exclusion du droit des licenciements collectifs en cas de licenciement consécutif au refus d'application d'un accord de mobilité interne ou d'un accord de maintien de l'emploi. Pour mémoire, lorsque plusieurs salariés refusent de se soumettre à une mesure de mobilité conventionnelle prévues dans le cadre d'un accord de mobilité interne régi par les articles L. 2245-20 et suivants du Code du travail, l'employeur n'est pas tenu d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi même si dix salariés au moins s'opposent à l'application de l'accord². Il en va de même lorsqu'au moins dix salariés refusent que soient appliquées à leur contrat les stipulations d'un accord de maintien de l'emploi conclu en application de l'article L. 5125-1 dudit code³. En effet, les articles L. 5125-2 et L. 2242-23 du Code du travail qualifient expressément de licenciements pour motif économique prononcés selon les modalités d'un licenciement individuel les ruptures, quel qu'en soit le nombre, consécutives au refus par plusieurs salariés de se voir appliquer un accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne. En dépit de la contrariété de ces dispositions au droit européen et plus particulièrement aux prescriptions de la directive du 20 juillet 1998⁴, la Cour de cassation ne devrait pas pouvoir imposer l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi

¹ G. LYON-CAEN, art. préc. ; en ce sens également, I. MEYRAT, art. préc.

² Art. L. 2242-23, C. trav.

³ Art. L. 5125-2, C. trav..

⁴ Dir. 98/59/CE, du 20 juil. 1998, préc. sur la contradiction du droit français au droit européen.

lorsqu'au moins dix salariés refusent de se soumettre à un accord de mobilité interne ou à un accord de maintien de l'emploi dans la mesure où, d'une part les directives sont dépourvues d'effet direct horizontal et où, d'autre part cela outrepasserait les prévisions de la directive qui n'exige aucunement la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi mais impose seulement que soient mises en œuvre des mesures sociales accompagnant les salariés licenciés, mesures que les accords de mobilité interne et de maintien de l'emploi doivent prévoir¹.

Si l'on peut regretter que la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi soit reportée au moment où dix salariés au moins refusent une modification de leur contrat et ne soit pas exigée dès le stade de la proposition de cette modification ce qui permettrait au plan de pleinement remplir sa mission de prévention des licenciements, on ne peut qu'approuver en revanche qu'il soit impératif d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque la restructuration consiste en un plan de départs volontaires.

3 - L'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi accompagnant un plan de départs volontaires.

762. En application des articles L. 1233-3, alinéa 2, et L. 1231-1 du Code du travail, la jurisprudence subordonne de longue date les départs volontaires décidés dans le cadre d'une restructuration au droit du licenciement pour motif économique et, notamment, à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi². Toutefois, selon le projet de l'employeur, il sera tenu ou non d'y incorporer un plan de reclassement interne contenant des mesures alternatives aux licenciements. Ainsi, *« si l'employeur qui, pour des raisons économiques, entend supprimer des emplois en concluant avec les salariés intéressés des accords de rupture amiable est tenu d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque les conditions prévues par l'article L. 1233-61 du code du travail sont remplies, un plan de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité, n'est pas nécessaire dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement »*.

¹ Art. L. 2242-23, *in fine* (pour les accords de mobilité interne) et L. 5125-2, al. 2, (pour les accords de maintien de l'emploi), C. trav.

² Cass. soc., 22 février 1995, *IBM*, Bull. civ. V n° 68 ; Cass. soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 202 ; Cass. soc., 13 sept. 2005, Bull. civ. V, n° 252, Dr. soc. 2005, p. 1059, obs. G. COUTURIER.

pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois »¹. Il en va en revanche autrement « lorsque le projet de réduction d'effectifs implique la suppression de l'emploi de salariés qui ne veulent ou ne peuvent quitter l'entreprise dans le cadre du plan de départs volontaires et conduit soit au maintien de ces salariés dans l'entreprise dans un autre emploi, soit à leur licenciement »². Dans cette hypothèse l'employeur doit intégrer dans le plan de sauvegarde de l'emploi un plan de reclassement comportant des mesures tendant à éviter le licenciement des salariés dont l'emploi sera supprimé en dépit de leur refus de quitter volontairement l'entreprise³.

Si, lorsque les conditions de l'article L. 1233-61 du Code du travail sont réunies, tout plan de départs volontaires implique l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, son contenu obligatoire varie selon que le projet de restructuration repose sur un plan de départs volontaires « autonome » selon l'expression consacrée, ou « hybride »⁴. Ce n'est qu'à la stricte condition que l'employeur s'engage expressément à ne prononcer aucun licenciement, si le nombre de salariés adhérents au plan de départs volontaires est inférieur à l'objectif initialement fixé en terme de réduction d'effectifs, qu'il sera dispensé d'inclure un plan de reclassement dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Dès lors qu'à l'inverse la mise en œuvre de la restructuration reposant sur le plan de départs volontaires ne garantit pas aux salariés concernés le maintien dans **leur** emploi, s'ils refusent d'y adhérer, un plan de reclassement interne doit impérativement être intégré au plan de sauvegarde de l'emploi.

La distinction opérée par la Cour de cassation ne peut à notre sens qu'être approuvée. En effet, s'il est superfétatoire d'imposer à l'employeur de prévoir des mesures alternatives au licenciement lorsque le salarié a réellement **le choix entre quitter l'entreprise** dans le cadre du plan de départs volontaires **ou garder le même emploi**, tel n'est en revanche pas le cas lorsque le choix du salarié n'est pas pleinement libre parce qu'il s'inscrit dans un « plan de licenciements » selon l'expression de Frédéric GÉA⁵. À ce titre la jurisprudence de la Cour de

¹ Cass. soc., 26 oct. 2010, *Renault*, Bull. civ. V, n° 245 ; RDT 2010, note F. GÉA ; dr. soc. 2010, p. 1164, obs. F. FAVENNEC-HERY ; SSL 2010, n° 1465, du 2 nov. 2010, p. 9, rapp. P. BAILLY, note E. DOCKES ; Dr. ouv. 2011, p. 148, obs. I. MEYRAT ; JCP S 2010, 1483, note G. LOISEAU.

² Cass. soc., 9 oct. 2012, *Air France KLM*, Bull. civ. V, n° 254 ; JCP S 2012, 1497 ; SSL 2012, n° 1559, du 12 nov. 2012, p. 10, note F. GÉA ; Cass. soc., 25 janv. 2012, *Completel*, Bull. civ. V, n° 22 ; JCP S 2012, 1178, note L. CAILLOUX-MEURICE ; RJS 4/12, p. 243, note G. COUTURIER ; SSL 2012, n° 1524, du 6 fév. 2012, p. 8, note G. LOISEAU et p. 12 obs. J. KRIVINE ; Dr. soc. 2012, p. 351, obs. F. FAVENNEC-HERY ; RDT 2012, p. 152, note F. GÉA ; Gaz. Pal 2012, étude I9276, note F. AKNIN.

³ Cass. soc., 25 janv. 2012, *Completel*, préc. ; Cass. soc., 9 oct. 2012, *Air France KLM*, préc.

⁴ P. MORVAN, *op. préc.* p. 661 et 665.

⁵ F. GÉA, « La problématique majeure est celle du consentement des salariés », entretien réalisé par A. MARGON pour SSL 2013, n° 1588.

cassation en matière de plans de départs volontaires préserve le consentement du salarié¹. Ainsi, lorsque le plan de départs volontaires exclut tout licenciement ou toute modification des contrats de travail pour motif économique, le salarié étant alors certain de pouvoir conserver (pour combien de temps ?) son emploi ; c'est donc librement qu'il prend la décision de quitter l'entreprise. À l'inverse, si rien ne garantit au salarié qu'il pourra continuer à occuper son emploi, voire s'il sait que tel ne sera pas le cas, le choix du salarié est faussé. S'il accepte de partir de l'entreprise, il consent en réalité davantage au bénéfice des mesures prévues par le plan de départs volontaires qu'à la rupture de son contrat² qui apparaît, si ce n'est inéluctable, au moins probable. Dès lors que son emploi est susceptible d'être supprimé ou son contrat modifié, la Cour de cassation estime, à raison à notre sens, que le salarié concerné par le plan de départs volontaires est en réalité dans la même situation que celui dont le licenciement est envisagé³, justifiant pleinement la nécessité d'un plan de reclassement.

Cette distinction entre ruptures « consenties » et ruptures « subies »⁴, ces dernières impliquant le bénéfice de mesures de reclassement interne, est d'autant plus importante que, comme le rappelle Gérard COUTURIER, bien souvent les ruptures amiables ou départs volontaires pour motif économique s'apparentent en réalité à un licenciement auquel on demande au salarié de consentir⁵. Si tous les plans de départs volontaires, qu'ils soient « autonomes » ou « hybrides », entraînent certes des ruptures « d'un commun accord », il ne faut pas se méprendre : c'est bien l'employeur qui est à l'origine de la rupture eu égard aux circonstances dans lesquelles elle intervient. Les salariés n'ont pas spontanément proposé à l'employeur de quitter l'entreprise ; il est à l'initiative de la rupture qui s'inscrit dans le cadre de son projet de réductions des effectifs au moyen d'un plan de départs volontaires. Qu'il soit « autonome » ou non, il est donc primordial que les représentants du personnel puissent exercer un contrôle sur le plan de départs volontaires et, qu'avec le concours de l'Administration du travail, ils s'assurent que l'employeur ne se contente pas d'assortir la rupture consentie d'une simple indemnité, aussi importante soit-elle⁶. Qu'il supprime des

¹ F. GÉA, entretien préc.

² F. GÉA, entretien préc.

³ F. GÉA, entretien préc.

⁴ G. LOISEAU, note préc.

⁵ G. COUTURIER, note préc.

⁶ Patrick MORVAN plaide pour sa part pour que la Cour de cassation cesse de soumettre les départs volontaires au droit du licenciement pour motif économique et notamment à la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur ces projets, ce qui constitue selon lui un « non-sens » dans la mesure où cela contribuerait à « encourager les licenciements » moins coûteux que le départ volontaire. Il considère que la seule information/consultation des représentants du personnel au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail suffirait à assurer la protection des salariés au niveau collectif. Quant au niveau individuel, s'il reconnaît l'existence d'un risque de pressions sur les salariés pour les dissuader de rester dans l'entreprise ou les convaincre de partir, il considère que les pratiques tendant à « extorquer » le consentement des salariés à un

emplois par la voie de départs volontaires ou de tout autre mode de rupture, l'employeur doit assumer sa responsabilité sociale à l'égard des salariés et se préoccuper de leur réinsertion professionnelle. Lorsque les salariés ont réellement le choix entre quitter l'entreprise ou y rester en gardant leur emploi, l'employeur n'a pas à leur proposer le bénéfice de mesures de reclassement interne puisqu'il leur suffit de refuser la proposition de départ volontaire pour être assurés (au moins temporairement) de conserver leur emploi. Il est en revanche impératif que ce départ soit assorti de mesures de reclassement externe. L'employeur étant à l'initiative de la rupture consentie, il lui appartient de prévoir des dispositifs tendant à favoriser leur réinsertion professionnelle, qu'il s'agisse de leur offrir le bénéfice de mesures de formation tendant à développer leur employabilité, d'actions de soutien à la création d'entreprise, ou encore de prendre en charge des mesures de reconversion ou les prestations d'une cellule de reclassement pour les accompagner dans leur recherche d'emploi.

Il semble toutefois que rares sont les restructurations reposant réellement sur un plan de départs volontaires « autonome »¹. Ainsi, sauf à s'être engagé à maintenir sur leur emploi les salariés qui ne pourraient ou ne voudraient quitter « volontairement » l'entreprise, l'employeur devra inclure un plan de reclassement dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Il est en effet indispensable que les salariés dont l'emploi est menacé puissent librement décider de mettre fin à la relation de travail, ce qui implique qu'ils soient au préalable informés des mesures alternatives à la rupture de leur contrat auxquelles ils peuvent prétendre s'ils refusent de quitter volontairement l'entreprise.

Dans la mesure où les départs pour motif économique ne sont rien d'autre qu'un mode particulier de rupture des contrats à l'initiative de l'employeur qui a décidé de procéder à une restructuration, il est pleinement logique que la Cour de cassation décide qu'ils doivent être pris en compte pour déterminer s'il y a lieu ou non d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi dont le contenu variera selon qu'il s'agit d'un plan de départs volontaires « autonome » ou « hybride ».

Dès lors que les conditions d'application de l'article L. 1233-61 du Code du travail sont réunies, tous les salariés dont la rupture du contrat de travail est envisagée dans le cadre du projet de grand licenciement collectif sont éligibles au bénéfice du plan de sauvegarde de

départ « volontaire » peuvent être combattues grâce au droit commun des obligations qu'il s'agisse des règles relatives aux vices du consentement, de l'illicéité ou de l'absence de cause entraînant la nullité de la convention, ou encore de la mise en cause de la responsabilité civile de l'employeur qui aurait manqué à son devoir de loyauté ou à son obligation de renseignement. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 659 et s. et art. préc.

¹ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 665 et 666.

l'emploi qui doit contenir des mesures permettant d'éviter les licenciements, d'en réduire le nombre et de faciliter la réinsertion professionnelle des salariés qui seront inéluctablement licenciés.

§ 2 - Le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, objet d'un contrôle strict.

Le plan de sauvegarde de l'emploi cristallise l'implication de l'entreprise, qui se restructure et réduit ses effectifs, dans l'accompagnement des salariés menacés de licenciement, pour qu'ils puissent conserver un emploi dans l'entreprise, l'UES ou le groupe ou, à défaut, qu'ils bénéficient d'actions tendant à accroître leurs chances de retrouver rapidement une activité professionnelle stable, salariée ou non, en dépit de la conjoncture économique actuelle. Eu égard à ses objectifs, le plan de sauvegarde de l'emploi doit contenir des mesures précises et concrètes ayant un effet positif sur l'emploi, qu'il s'agisse d'éviter les licenciements en recourant par exemple à l'activité partielle ou en instaurant des mobilités internes à l'entreprise ou au groupe, ou d'offrir aux salariés dont le contrat sera rompu le bénéfice d'actions tendant à réellement favoriser leur réinsertion professionnelle grâce notamment à des formations, des aides à la recherche d'emploi ou à la création/reprise d'entreprise (A). Parce qu'il contribue à l'effectivité de la mise en œuvre du droit constitutionnel à l'emploi et qu'il est censé illustrer l'assomption de sa responsabilité sociale par l'entreprise qui projette de licencier de nombreux salariés, le contenu du plan est l'objet d'un contrôle strict, confié à la DIRECCTE par la loi du 14 juin 2013 (B). Si le plan ne concourt pas réellement à éviter les licenciements en réduire le nombre et à favoriser le reclassement des salariés qui perdront inéluctablement leur emploi, ou qu'il pourrait être plus efficace au regard des moyens que l'employeur peut mobiliser pour atteindre ces objectifs, la DIRECCTE ne l'homologuera/validera pas, ou sa décision d'homologation/validation sera susceptible d'être annulée par le juge administratif, et les licenciements ne pourront alors être prononcés ou, s'ils le sont, seront nuls ou irréguliers selon les circonstances (C).

A - L'exigence de mesures reclassement interne ou externe efficaces.

Que le plan soit élaboré dans le cadre d'une négociation avec les organisations syndicales ou d'une concertation avec les représentants du personnel, il ne peut créer d'obligations à la charge des salariés, pas plus qu'il ne peut contenir de dispositions contraires aux normes supérieures telles que les conventions et accords collectifs ou les statuts réglementaires dont relèvent les salariés¹. Si l'employeur détermine librement le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, il doit impérativement tendre à éviter les licenciements, à en réduire le nombre et à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le contrat sera inexorablement rompu, grâce à des mesures de reclassement interne (sauf s'il accompagne un plan de départs volontaires « autonome ») et externe (1), pertinentes et proportionnées aux moyens dont dispose l'employeur (2).

1 - Des mesures alternatives au licenciement ou au chômage.

763. L'article L. 1233-62 du Code du travail dresse un éventail des mesures susceptibles d'être prévues dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi². Cette liste, qui n'est pas limitative, illustre l'hétérogénéité des mesures que l'employeur peut mettre en œuvre dans le cadre du plan, étant précisé qu'il n'est pas tenu de prévoir l'ensemble des dispositifs mentionnés par ce texte. Le plan de sauvegarde de l'emploi est donc appelé à contenir des dispositions très diverses : certaines tendent à éviter les suppressions d'emploi (réduction du temps de travail, recours au chômage partiel), d'autres à éviter les licenciements alors que des emplois sont supprimés (départs volontaires, mise à la retraite, travail à temps partiel, modification du contrat), d'autres encore ont vocation à favoriser la réinsertion

¹ Ainsi, « *le plan [de sauvegarde de l'emploi], même si les mesures qu'il contenait avaient été adoptées avec l'accord du comité d'entreprise, ne pouvait déroger aux dispositions plus favorables de la convention collective* », Cass. soc., 13 juil. 1993, Bull. civ. V, n° 204 ; Cass. soc., 10 oct. 1990, *Michelin c/ Mayet*, n° 88-43.920, inédit. De même, « *un plan (...) ne pouvait priver la salariée du droit à réintégration qu'elle tenait des dispositions statutaires* », en l'occurrence le règlement de la SEITA ; Cass. soc., 10 mai 1995, n° 91-40.480, inédit.

² L'article L. 1233-62 du Code du travail vise des mesures telles que des actions en vue du reclassement interne des salariés (...) ; des créations d'activités nouvelles par l'entreprise ; des actions favorisant des reclassements externes à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi ; des actions de soutien à la création d'activités nouvelles, ou à la reprise d'activités existantes, par les salariés ; des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés (...) ; et des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail, ainsi que des mesures de réduction du volume des heures supplémentaires.

professionnelle des salariés licenciés (cellules de reclassement, actions tendant à développer l'employabilité des salariés, aide à la création d'entreprise, etc.).

S'il n'existe pas de « contenu type » du plan, il doit être élaboré en considération de deux principes essentiels. En premier lieu, eu égard à sa finalité, le plan doit contenir des mesures participant activement à la réinsertion professionnelle des salariés, qu'il s'agisse de les reclasser en interne ou d'accroître leurs chances de retrouver une activité professionnelle, salariée ou non. En second lieu, le plan cristallisant l'implication de l'employeur dans l'accompagnement des salariés menacés de licenciement, il doit donc contenir de réels engagements de sa part, démontrant qu'il assume pleinement sa responsabilité sociale et ne se contente pas de renvoyer les salariés vers le service public de l'emploi.

764. Hiérarchisation des mesures. Lorsqu'il établit le plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur doit donner la priorité aux mesures de reclassement interne susceptibles d'éviter la rupture du lien contractuel. Ainsi la Cour de cassation affirme qu'un plan de sauvegarde de l'emploi doit d'abord comporter des mesures précises et concrètes, susceptibles d'assurer le reclassement des salariés à l'intérieur du groupe auquel la société appartient, et, ensuite, à défaut de postes disponibles, le plan doit faciliter le départ à l'extérieur du groupe¹. Cette hiérarchisation des mesures, cohérente puisqu'elle correspond à celle des objectifs du plan de sauvegarde de l'emploi, devrait vraisemblablement survivre à l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi². Dans le plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur doit avant tout inclure des alternatives au licenciement, sauf s'il entend réduire les effectifs au moyen d'un plan autonome de départs volontaires, hypothèse dans laquelle il n'a pas à élaborer de plan de reclassement interne³. Eviter la rupture des contrats de travail est en effet la fonction première du plan de sauvegarde de l'emploi ; ce n'est que si le prononcé de licenciements est inéluctable que l'employeur doit mobiliser tous les moyens à sa disposition pour en limiter le nombre et favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le contrat sera inévitablement rompu⁴.

¹ Cass. soc., 11 oct. 2006, RJS 2006, p. 951, n° 1267 ; Jurisprudence Sociale Lamy 2006 n° 199-6.

² Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc.

³ Cass. soc., 26 oct. 2010, préc.

⁴ En ce sens F. HEAS, Thèse préc. p. 211, M. HENRY, « Plans sociaux et reclassement », Droit ouvrier 1994, p. 21 ; G. COUTURIER et P. LÉCOHU Une nouvelle approche des plans sociaux », SSL 26 mai 1997, n° 841, p. 3 ; F. FAVENNEC-HERY, « Le reclassement : une mutation en cours », Dr. soc. 2011, p. 402.

765. Mesures de reclassement interne. Outre la mise en œuvre de dispositifs tendant à éviter des licenciements tels que le recours au chômage partiel, la réduction du temps de travail ou du recours à l'intérim, l'employeur doit en premier lieu rechercher dans le cadre du plan des postes disponibles pour reclasser les salariés menacés de licenciement. Cette obligation diffère de l'obligation de reclassement préalable au prononcé de tout licenciement pour motif économique prévue à l'article L. 1233-4 du Code du travail. L'employeur est donc tenu de les respecter toutes les deux. À l'instar de l'obligation de reclassement de l'article L. 1233-4 du Code du travail, il appartient à l'employeur qui élabore un plan de sauvegarde de l'emploi de rechercher des postes disponibles au niveau du groupe dans les sociétés avec lesquelles une permutation de tout ou partie du personnel est envisageable, y compris dans les entreprises situées à l'étranger¹. À ce titre, « constitue une mesure de reclassement licite la mise en situation de recherche de reclassement pendant une période déterminée, avec dispense d'activité et maintien de la rémunération, dès lors que, pendant cette période, l'employeur remplit son obligation de recherche de reclassement, et que le plan prévoit les mesures nécessaires à cet effet »². Pour qu'une dispense d'activité soit considérée comme une mesure pertinente de reclassement, il est indispensable que l'employeur ne transfère pas sur les salariés l'obligation de reclassement, en se contentant de dresser la liste des entreprises du groupe dans lesquelles des postes sont disponibles³ sans indication sur le nombre et la nature des emplois susceptibles de leur être proposés⁴. De même, il est souhaitable au regard de l'exigence de précision des mesures prévues par le plan que soit envisagée une « procédure d'actualisation des offres d'emploi qu'il prévoit » dans la mesure où, comme le souligne Patrick MORVAN, « la pertinence implique la fraîcheur »⁵. En effet, au fur et à mesure que se dessine dans l'esprit des dirigeants la nouvelle organisation de l'entreprise, peuvent apparaître de « nouveaux » emplois qui n'étaient pas identifiés au départ comme susceptibles d'être proposés au reclassement de salariés menacés de licenciement. Actualiser les offres d'emploi disponibles est donc indispensable pour ne pas créer de faux espoirs, mais aussi et surtout, pour répondre à l'exigence de précision et de pertinence des mesures du plan.

¹ Cass. soc., 17 mai 1995, Bull. civ. V, n° 159 ; D. 1995, p. 436, note G. COUTURIER ; Dr. soc. 1995, p. 570, concl. P. LYON-CAEN ; JCP E 1995, I, 710, note Y. SAINT-JOURS ; Cass. soc., 13 juil. 2010, JCP S 2010, 1399.

² Cass. soc., 14 fév. 2007, n° 05-45.887 Pages Jaunes, Dr. soc. 2007, p. 659, obs. G. COUTURIER ; JCP S, 10 juil. 2007, 1539, note P. MORVAN ; SSL supplément, 10 sept. 2007, n° 1319, p. 131.

³ Cass. soc., 10 fév. 2010, n° 08-45.575, inédit.

⁴ Cass. soc., 17 mai 1995, Bull. civ. V, n° 159, préc.

⁵ P. MORVAN, note préc.

766. Mesures de reclassement externe : exigence d'un effet positif sur l'emploi. Au-delà des mesures de reclassement interne des salariés, l'employeur doit également prévoir des dispositifs de reclassement externe dans la mesure où tous les salariés dont le licenciement est projeté ne pourront sans doute pas être reclassés au sein du groupe. Il doit donc intégrer dans le plan des dispositifs permettant d'accroître les chances de retrouver une activité professionnelle des salariés dont le contrat sera inévitablement rompu. Il est tenu à ce titre de mettre en place des mesures de nature à véritablement les accompagner dans leur recherche d'emploi, comme des actions de formation visant à faciliter le reclassement externe ou assurant la reconversion des salariés, en développant leur employabilité. Le plan peut également prévoir le recours à une cellule de reclassement ou aux prestations d'un cabinet d'*outplacement* permettant ainsi d'optimiser les chances des salariés de retrouver un emploi. Par ailleurs, le reclassement externe étant entendu assez largement comme la reprise d'une activité professionnelle, salariée ou non, les aides à la création ou à la reprise d'entreprise peuvent constituer une alternative sérieuse au chômage. Toutefois, il semble opportun, voire nécessaire, s'agissant de l'aide à la création d'entreprise, que soit mis en place, dans le cadre du plan, un véritable examen des projets afin d'en vérifier la fiabilité et la viabilité, ainsi qu'une assistance dans le montage du projet. Au risque, sinon, de laisser d'anciens salariés se lancer dans des tentatives ruineuses, faute de réalisme¹. L'efficacité des mesures prévues par le plan conditionne sa validité. Il est essentiel qu'il comporte de véritables engagements de l'entreprise, contribuant effectivement au reclassement professionnel des salariés.

À ce titre, représentants du personnel ou organisations syndicales et Administration du travail veilleront à ce que l'employeur mette en œuvre dans le plan des mesures ayant un réel effet positif sur l'emploi. Un employeur ne peut se contenter de prévoir des mesures de sortie du marché du travail, ou indemnitaires. Ainsi, un plan de sauvegarde de l'emploi n'offrant aux salariés menacés de licenciement que le bénéfice de dispositifs de préretraites, de conventions FNE et d'aides financières au départ ne satisferait aucunement le double objectif assigné au plan, puisque ces mesures ne concourent pas à la réinsertion professionnelle des salariés et ne traduisent aucune implication de l'employeur dans l'accompagnement des salariés. Ainsi, un plan qui ne comporterait que des mesures de nature financière est considéré comme insuffisant², tout comme un plan qui n'est financé que par le Fonds national de

¹ En ce sens, G. COUTURIER, obs. sous Cass. soc., 12 juin 2001, *Crédit Lyonnais*, Droit soc. 2001, p. 897.

² Est ainsi considéré comme insuffisant le plan qui ne contient que des mesures financées par le Fonds national de l'emploi, Cass. soc., 28 Juin 2006, RJS 10/06, n° 1052 ; il en va de même du plan de sauvegarde de l'emploi qui ne contient que des mesures relatives à la conclusion de conventions de préretraites progressives, à la prise de congés de longue durée et à l'incitation de départs volontaires hors de l'entreprise et ne comporte aucune

l'emploi (FNE)¹. En effet, la conclusion de conventions FNE ne peut être considérée comme impliquant un engagement suffisant de la part de l'entreprise² ; celle-ci doit réellement « [faire] un effort de reclassement en direction des salariés »³. L'employeur ne saurait ainsi valablement se contenter de prévoir dans le plan le recours à des conventions FNE puisque non seulement il s'agit d'un engagement aléatoire subordonné à l'accord de l'Administration du travail⁴, mais de surcroît les dispositifs financés par le FNE n'impliquent par réellement l'entreprise dans la réinsertion professionnelle des salariés, ils lui permettent de se décharger du coût de la rupture des contrats de travail sur la collectivité. Eu égard à sa finalité et à la philosophie qui l'anime, les mesures prévues dans le plan de sauvegarde de l'emploi « doivent démontrer la volonté de l'entreprise d'assurer leurs objectifs et de lui donner le rôle moteur dans leur mise en œuvre »⁵.

767. Implication de l'employeur dans le reclassement : mesures précises et concrètes. « Le plan [de sauvegarde de l'emploi] n'a de sens que s'il constitue une participation de l'employeur à la lutte contre le chômage : il lui est demandé d'éviter les licenciements (...) et d'empêcher que les salariés licenciés s'inscrivent au chômage »⁶. Il doit donc contenir des dispositifs efficaces, de nature à véritablement éviter les licenciements, ou à permettre aux salariés licenciés de reprendre une activité professionnelle dans les plus brefs délais. À ce titre, l'efficacité du plan de sauvegarde de l'emploi, et avec elle l'effectivité de l'obligation de reclassement, est subordonnée à la pertinence des mesures qu'il contient, impliquant de réels engagements de la part de l'employeur et non de simples déclarations d'intention ou des mesures vagues ou aléatoires. Le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut donc être une simple « coquille vide » ou « un catalogue de généralités et de vœux pieux »⁷, il

information précise sur les emplois de reclassement disponibles dans l'entreprise ou les sociétés du groupe, Cass. soc., 28 mars 2000, Bull. civ., V, n° 132 ; Dr. soc. 2000, p. 597, note P.-H. ANTONMATTEI ; RJS 2000, p. 360, n° 519 ; Droit ouvrier 2000, p. 245.

¹ Cass. soc., 28 juin 2006, RJS 10/06, n° 1052 préc. De même, n'est pas conforme aux exigences légales le plan de sauvegarde de l'emploi qui se borne à prévoir des conventions de conversion ou AS-FNE, et à instaurer une cellule de reclassement dont la mission était l'évaluation des compétences, l'information et l'aide des salariés dans leurs démarches auprès des organismes sociaux, Cass. soc., 11 oct. 2006, RJS 12/06, n° 1277.

² En ce sens, G. COUTURIER, « Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janv. 1993 », Dr. soc. 1993, n° 3, p. 219.

³ Déclaration du Ministre du travail, M. AUBRY, JOAN, 21 déc. 1992, p. 7745.

⁴ Il est en effet incertain au moment de l'élaboration du plan social que l'administration acceptera la conclusion de telles conventions.

⁵ En ce sens, P. LE COHU, « Une nouvelle approche des plans sociaux », SSL 26 mai 1997, n° 841, p. 3.

⁶ P. WAQUET, article préc.

⁷ G. GELINEAU-LARRIVET : « Avant-propos », in Les licenciements pour motif économique, Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997, Litec, coll. Droit, tome IX, p. 7. En ce sens également, P. WAQUET, article préc.

ne peut se borner à prévoir la mise en place de mesures potestatives ou aléatoires. Tenu de s'impliquer dans la réinsertion professionnelle des salariés dont il projette le licenciement, l'employeur doit élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi en y intégrant des mesures précises et concrètes¹. Dès lors, ne satisfait pas à cette exigence, le plan de sauvegarde de l'emploi ne précisant ni le nombre, ni la nature, ni la localisation des postes disponibles au reclassement², tout comme celui se contentant de renvoyer les salariés à la consultation de listes de postes disponibles au fur et à mesure de leur publication, sans organiser de façon précise les mesures de reclassement³. Il est ainsi indispensable que l'employeur prenne part à la réinsertion professionnelle des salariés en élaborant un plan prévoyant des engagements fermes, concrets et précis afin d'éviter le licenciement des salariés ou au moins d'accroître réellement leurs chances de retrouver au plus vite et dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle. Tel est le cas par exemple du plan de sauvegarde de l'emploi qui prévoit le maintien, pendant les trois ans de fermeture de l'entreprise pour travaux, du contrat de travail des salariés acceptant sa modification consistant en une mise à disposition auprès d'autres entreprises, assortie d'un dispositif d'indemnisation pendant les périodes non travaillées entre deux mises à disposition, grâce au recours l'activité partielle ; le refus d'accepter deux mises à disposition, regardées comme des offres valables d'emploi par la cellule de reclassement, entraînant un licenciement pour motif économique⁴.

La validité du plan est donc subordonnée à l'existence de mesures concrètes, précises, dont l'efficacité en termes de réinsertion professionnelle ne laisse pas place au doute. Il appartient à l'employeur de prendre dans le cadre du plan des engagements réels, tangibles, à même d'assurer le maintien des contrats de travail et à défaut de garantir aux salariés de véritables chances de réinsertion professionnelle⁵. Si l'article L. 1233-62 du Code du travail

¹ Cass. soc., 17 mai 1995, Bull. civ. V, n° 159 ; D. 1995, p. 436, note G. COUTURIER ; Dr. soc. 1995, p. 570, concl. P. LYON-CAEN ; JCP E 1995, I, 710, note Y. SAINT-JOURS ; Cass. soc., 10 juin 1997, Bull. civ. V, n° 216 ; DR. soc. 1997, p. 980, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc., 25 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 402 ; Cass. soc., 18 nov. 1998 ; Bull. civ. V, n° 502 ; Cass. soc., 12 janv. 1999, Bull. civ. V, n° 18.

² Cass. soc., 17 mai 1995, *Everite*, Bull. civ. V, n° 159, préc. ; Cass. soc., 10 juin 1997, Bull. civ. V, n° 216 préc. ; Cass. soc., 25 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 406 ; Cass. soc., 18 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 506 ; Cass. soc., 30 janv. 2007, JCP S 2007, 1246.

³ Cass. soc., 10 fév. 2010, n° 08-45.575, inédit.

⁴ TA Paris, 3^{ème} section, 2e ch., 23 mai 2014, n° 1402928/3-2, JCP S 2014, act. 215 ; JCP S 2014, 1365, comm. P. MORVAN.

⁵ Est ainsi conforme aux exigences légales le plan qui prévoit des actions de reclassement interne et externe, des actions de formation et des mesures d'aménagement de la durée du travail, ces actions constituant des mesures précises et concrètes, Cass. soc., 9 fév. 2000, Bull. civ. V, n° 62 ; est également suffisant le plan de sauvegarde de l'emploi qui prévoit dix mutations internes, des indications sur le nombre, la nature et la localisation des emplois disponibles dans d'autres imprimeries, des aides à la mobilité géographique destinées à favoriser les reclassements externes et des aides visant à compenser temporairement la perte de revenus découlant de l'acceptation d'un emploi moins bien rémunéré, une réduction à 35 heures du temps de travail de la partie du

prévoit tout un éventail de mesures, il s'agit d'une simple liste indicative. Il n'est en effet pas envisageable de définir un contenu abstrait d'un plan de sauvegarde de l'emploi type qui s'imposerait à tout employeur envisageant un grand licenciement collectif. Le contenu du plan doit être proportionné aux moyens dont dispose l'employeur ; on ne saurait exiger qu'il s'engage au-delà. À ce titre et en toute logique, la pertinence des mesures contenues dans le plan s'apprécie à l'aune du principe de proportionnalité.

2 - L'exigence d'un contenu proportionné aux moyens à la disposition de l'employeur.

768. Le plan de sauvegarde de l'emploi doit contenir l'ensemble des mesures de reclassement interne et externe susceptibles d'être mises en œuvre par l'employeur au regard des moyens dont il dispose. « Il va de soi qu'il n'est pas possible de se montrer aussi exigeant à l'égard d'une PME ou d'un groupe de sociétés multinationales comportant de multiples implantations »¹. L'appréciation de la pertinence du plan à la lumière du principe de proportionnalité permet ainsi de prendre en compte la conjoncture, souvent difficile, dans laquelle, se trouve l'entreprise. À ce titre, certaines entreprises sont dans une situation tellement dégradée qu'il leur serait extrêmement difficile, voire impossible, d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi onéreux sans obérer le devenir et la survie de la structure². Si les entreprises qui font l'objet d'une procédure collective sont tenues d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi³, leur état de cessation des paiements influe nécessairement sur les moyens que l'entreprise peut mobiliser aux fins d'éviter les licenciements, d'en réduire le nombre ou de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés qui seront licenciés, et partant sur l'appréciation de son contenu⁴. Sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 14 juin 2013, la jurisprudence estimait que la mise en place d'un plan de redressement

personnel effectuant encore un horaire de travail supérieur, et la mise en place d'une antenne emploi formation, V. Cass. soc., 6 déc. 2005, n° 03-46.477, inédit. De même, répond aux exigences légales le plan qui mentionne, d'une part le nombre des emplois supprimés et leur répartition par service et par catégorie professionnelle, et d'autre part le nombre et la nature des postes proposés au titre des reclassements et mutations au sein du groupe, V. Cass. soc., 11 mars 2003, RJS 2003, n° 590. Est aussi suffisant le plan qui fournit, par zones géographiques, la liste des postes disponibles et à créer au sein des familles de métier affectées par les restructurations et dans lesquelles la permutation du personnel est envisageable, V. Cass. soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 202 ; en ce sens également Cass. soc., 20 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 387.

¹ P. LYON-CAEN, concl. préc.

² En ce sens, F. HEAS, thèse préc., n° 314.

³ Art. L. 1233-58, C. trav.

⁴ La Cour de cassation approuve ainsi les juges du fond ayant considéré comme suffisant un plan de sauvegarde de l'emploi après avoir « constaté la situation catastrophique de la société au plan financier et économique » ; Cass. soc., 10 mai 2005, n° 03-40.623, inédit.

accompagné d'un plan de sauvegarde de l'emploi permettant d'éviter le prononcé de la liquidation judiciaire, et avec lui le licenciement de tous les salariés, satisfaisait l'objectif de maintien de l'emploi et les exigences relatives au contenu du plan¹. Cette solution devrait survivre à l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, à l'instar de celle exigeant des entreprises ayant des moyens importants ou appartenant à une UES ou à un groupe florissant d'élaborer un plan contenant des mesures dont l'efficacité et la pertinence sont optimales.

S'il apparaît cohérent que les entreprises membres d'un groupe puissent bénéficier de son soutien dans l'élaboration du plan, dans la mesure où la collectivité ne devrait pas assumer les conséquences d'une décision de restructuration destructrice d'emplois dans une entreprise appartenant à un groupe florissant, l'employeur n'en reste pas moins le seul débiteur de l'obligation d'établir le plan. Dès lors qu'un groupe a les moyens de financer des mesures concrètes et efficaces pour endiguer le nombre de licenciements envisagés et favoriser le reclassement des salariés, il n'est pas acceptable de faire supporter à l'AGS la charge des licenciements et du plan de sauvegarde de l'emploi². À ce titre, était jugé conforme aux exigences légales un plan comportant « *tout un ensemble de mesures précises et concrètes en vue d'éviter ou de limiter les licenciements invoqués ou, à défaut de reclasser les salariés, avec un investissement important d'aide par le biais d'une cellule de reclassement, de recherches de solutions dans le groupe et dans des sociétés partenaires, de mesures destinées à favoriser le reclassement externe, de l'appel à la formation professionnelle, d'aide à la création d'entreprises ; (...) l'ensemble de ces mesures [étant] proportionné aux moyens du groupe* »³. À l'inverse, ne satisfaisait pas les exigences légales le plan de sauvegarde de l'emploi dont les mesures prévues pour éviter les licenciements étaient dérisoires au regard des moyens du groupe puisque, mise à part la création de cinq postes, le plan ne prévoyait aucun dispositif concret permettant le reclassement interne des salariés, les postes disponibles

¹ La Cour de cassation a ainsi approuvé une Cour d'appel ayant « *justement pris en considération la situation critique de la société (...) déclarée en redressement judiciaire* » qui a ainsi pu décider que « *le plan social qui comportait, outre des réductions de dépenses de la société, des mesures de reclassement interne ayant permis d'éviter dix licenciements et des dispositions tendant à faciliter le reclassement externe, en sorte qu'il avait permis d'éviter le prononcé de la liquidation judiciaire et le licenciement de tous les salariés, répondait aux exigences de la loi* », Cass. soc., 12 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 368.

² Ainsi, la Cour d'appel de Reims, appelée à se prononcer sur la qualité du plan élaboré dans une unité économique et sociale composée des trois filiales « Champagne » du groupe LVMH, a estimé que « *le plan social dans son entier apparaît déséquilibré, dans la mesure où il suppose, pour la plupart des mesures concrètes envisagées, un concours du FNE, par définition aléatoire, s'agissant d'un groupe dont la santé financière (...) ne paraît pas compromise au point de justifier une aide prioritaire de l'État* », et a ainsi invalidé le plan. CA Reims, 24 nov. 1993, sur cet arrêt voir T. GRUMBACH « *Licenciements économiques : contrôle administratif ou judiciaire* », SSL, 6 déc. 1993, n° 674, p. 3.

³ Cass. soc., 10 fév. 2010, n° 08-45.207, inédit.

au sein du groupe n'étant pas décrits, pas plus que les missions exactes du cabinet spécialisé en vue des reclassements externes¹.

769. Si depuis la loi du 14 juin 2013, le Code du travail ne précise plus que la validité du plan s'apprécie au regard des moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe auquel elle appartient le cas échéant, l'exigence de proportionnalité des efforts de reclassement interne et externe aux moyens susceptible d'être mobilisés par l'employeur demeure. Non seulement, cette exigence a une origine jurisprudentielle, mais de surcroît, si le Code du travail ne fait désormais référence à la nécessité que le plan prévoie des mesures de reclassement proportionnées aux moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe que dans l'article L. 1233-57-3 relatif au contrôle administratif du document unilatéral support du plan, cette exigence demeure applicable en cas d'accord majoritaire sur le plan de sauvegarde de l'emploi². Outre le fait qu'il semble que les organisations syndicales représentatives majoritaires refuseront de conclure un accord sur le plan s'il ne contient pas l'ensemble des dispositifs susceptibles d'être financés par l'entreprise, l'UES ou le groupe pour reclasser les salariés en interne et favoriser la réinsertion professionnelle de ceux dont le contrat sera inéluctablement rompu, l'Administration du travail ne devrait pas valider un accord dont le contenu n'est pas proportionnel aux moyens à la disposition de l'employeur. En effet, lors de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi qu'elle se fasse dans le cadre d'une négociation avec les organisation syndicales ou d'une concertation avec les représentants du personnel, l'Administration du travail a la faculté de faire « *toute proposition pour compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi, en tenant compte de la situation économique de l'entreprise* »³. Or la prise en compte de la situation de l'entreprise implique celle de son appartenance ou non à une UES ou à un groupe de sociétés susceptible de contribuer à l'amélioration des mesures sociales d'accompagnement des salariés menacés de licenciement.

770. Le plan doit donc être conçu par l'employeur en fonction de divers paramètres tels que la santé plus ou moins florissante de son entreprise, son appartenance ou non à un groupe, le volume des effectifs concernés par le projet, les caractéristiques des salariés menacés de licenciement, l'état du marché de l'emploi local, etc. Parce qu'il serait totalement absurde d'exiger des efforts de reclassement identiques d'une entreprise en difficulté et d'une

¹ Cass. soc., 8 nov. 2006, RJS 1/07, n° 38.

² En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 699.

³ Art. L. 1233-57, C. trav.

entreprise dont l'économie est au beau fixe qui se restructure pour sauvegarder sa compétitivité, le droit social impose la prise en compte de la situation de l'entreprise dans l'appréciation du contenu du plan. Il appartient donc à l'employeur de recenser toutes les mesures qu'il est susceptible de mettre en œuvre pour assurer le maintien du lien contractuel ou permettre la reprise d'une activité professionnelle par les salariés licenciés, sans qu'il soit pour autant contraint de recourir à des dispositifs qu'il n'a pas réellement les moyens de financer et dont la mise en œuvre compromettrait l'avenir de l'entreprise.

771. Si l'employeur n'est pas tenu d'intégrer dans le plan de sauvegarde de l'emploi l'ensemble des dispositifs visés à l'article L. 1233-62 du Code du travail, il ne saurait écarter, sans démontrer son absence de pertinence, une mesure de reclassement interne ou externe, alors même qu'il a les moyens de la mettre en œuvre. Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 14 juin 2013, la Cour de cassation estimait ainsi qu'un plan de sauvegarde de l'emploi était insuffisant même s'il contenait des mesures précises et concrètes de reclassement, dès lors que l'employeur était en mesure de proposer d'autres dispositifs de nature à réduire le nombre de licenciements¹. Cette solution devrait vraisemblablement survivre à l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, les organisations syndicales refuseront vraisemblablement de conclure un accord portant sur un plan de sauvegarde de l'emploi ne mobilisant pas l'ensemble des moyens de reclassement susceptibles d'être mis en œuvre par l'employeur ; quant à l'Administration du travail, elle devrait refuser d'homologuer un plan unilatéral si l'employeur n'a pas mobilisé tous les dispositifs de reclassement interne et externe à sa disposition.

Dès lors que l'employeur a les moyens de mettre en œuvre de nombreuses alternatives au licenciement ou au chômage, il est tenu de toutes les faire figurer dans le plan, sauf à démontrer leur absence d'efficacité au regard de l'objectif de reclassement². Lors de l'élaboration du plan, il lui appartient de prendre en considération les suggestions des représentants du personnel et de l'Administration du travail, relatives à la prévision de

¹ Ainsi, dans l'arrêt *Lasnon*, alors que le plan proposait une trentaine de postes de reclassement pour quatorze salariés menacés de licenciement, postes « impliquant pour des salariés anciens un déplacement dans une autre région et se traduisant par une modification du contrat de travail », elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si, en dehors des reclassements proposés, « l'employeur ne pouvait pas prendre, comme le soutenait le comité d'entreprise, d'autres mesures telles que réduction de la durée du travail, passage au temps partiel et développement d'activités nouvelles ». Cass. soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 131, préc.

² En ce sens également Cass. soc., 2 fév. 2006, JCP S 2006, 1137, note M. MORAND ; RJS 4/2006, n° 412, dans lequel la Cour de cassation estime que dès lors que les indemnités, prévues dans la première version du plan, puis supprimées dans la dernière, contribuaient à favoriser le reclassement professionnel des salariés licenciés et que les moyens dont disposait l'entreprise lui permettaient de les prendre en charge, le plan finalement arrêté était insuffisant.

mesures qu'il est susceptible de proposer aux salariés et qui concourent à assurer l'efficacité et la pertinence du contenu du plan en termes de reclassement professionnel des salariés menacés de licenciement, au risque de s'exposer sinon à un refus d'homologation/validation de son projet paralysant le prononcé des ruptures¹.

772. Si l'employeur est le seul débiteur de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi réellement efficace prévoyant la mise en œuvre de tous les dispositifs susceptibles d'éviter les licenciements ou d'en réduire le nombre et de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le contrat sera inévitablement rompu, et qu'il ne peut aucunement contraindre les sociétés de l'UES ou du groupe à y contribuer, la menace de la paralysie du projet de restructuration et de compression des effectifs pourrait les inciter à se mobiliser. En effet, si la décision de restructuration emportant réduction des effectifs a été arrêtée par la direction du groupe ou de l'UES et qu'elle ne peut être mise en œuvre parce que la DIRECCTE refuse de valider le projet de licenciement collectif au motif que le plan de sauvegarde de l'emploi est insuffisant au regard des moyens dont dispose le groupe ou l'UES, il semble probable que la direction du groupement fera les efforts nécessaires pour pouvoir mettre en œuvre son projet de réorganisation. Si l'employeur ne parvient pas à obtenir une participation « spontanée » des sociétés de l'UES ou du groupe au plan de sauvegarde de l'emploi, une décision de refus (ou la simple menace d'une telle décision) de l'Administration du travail de valider/homologuer le projet de licenciement, paralysant la restructuration décidée par la direction du groupement, devrait lui offrir un argument de poids pour qu'elles se mobilisent et contribuent à favoriser le reclassement interne des salariés et/ou leur réinsertion professionnelle.

Emblème de la responsabilité sociale de l'entreprise qui met en œuvre une restructuration destructrice d'emplois, pierre angulaire de l'accompagnement des salariés menacés de perdre leur emploi dans le cadre d'un projet de grand licenciement collectif arrêté dans une entreprise de cinquante salariés au moins, le plan de sauvegarde de l'emploi est l'objet d'un contrôle strict.

B – Le contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

¹ Art. L. 1233-39, C. trav.

Le contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi a été profondément réformé par la loi du 14 juin 2013 qui a substitué au contrôle judiciaire des mesures de reclassement interne et externes prévues par le plan¹, un contrôle administratif, comme l'avaient souhaité les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2013, même s'ils l'avaient réservé au seul plan unilatéral². Parce que son objectif est de préserver l'emploi au moyens de dispositifs de reclassement interne permettant d'éviter le prononcé de licenciements ou du moins d'en réduire le nombre et d'accroître les chances des salariés qui seront licenciés de retrouver rapidement une activité professionnelle, le contenu du plan de sauvegarde est contrôlé non seulement au cours de son élaboration (1), mais également une fois achevé (2).

1 - Le contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi en cours d'élaboration.

773. Contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi en cours d'élaboration sous l'empire du droit antérieur à la loi de sécurisation de l'emploi. Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi en cours d'élaboration était confié à l'Administration du travail qui disposait plutôt d'un pouvoir d'influence que de réels moyens de coercition. De surcroît, les représentants du personnel, appelés à contrôler le projet de licenciement en participant à son élaboration, pouvaient saisir le juge des référés pour qu'il constate l'insuffisance des dispositifs de reclassement interne et externe envisagés par l'employeur, et lui ordonne de reprendre la procédure aux fins d'élaborer un plan réellement consistant et contenant des mesures réelles et concrètes permettant d'éviter les licenciements, d'en réduire le nombre et de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés qui seront inéluctablement licenciés.

774. Contrôle administratif du plan en cours d'élaboration sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013. Avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi, l'article L. 1233-57 du Code du travail permettait à l'autorité administrative de présenter toute proposition de nature à compléter ou modifier le plan de sauvegarde de

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., applicables aux procédures de licenciements engagées à partir du 1^{er} juillet 2013 (date de convocation à la première réunion du comité d'entreprise).

² ANI du 11 janv. 2013, préc., art.

l'emploi établi par l'employeur en tenant compte de la situation de l'entreprise. Selon Roland KESSOUS « la loi ne [faisait] qu'organiser l'intervention de l'administration dans le but d'aider l'employeur à respecter les obligations assez complexes qui lui incombent »¹, ce qui est toujours le cas aujourd'hui. Si avant la loi du 14 juin 2013, l'Administration du travail pouvait conseiller l'employeur lors de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, notamment en lui suggérant d'y intégrer telle ou telle mesure qui permettrait de réduire le nombre de licenciements ou d'accroître les chances des salariés de retrouver une activité professionnelle, ses propositions n'avaient pas le même « poids » qu'aujourd'hui puisque l'Administration n'était pas le juge final de la validité du plan. Pour autant, il serait faux de croire que l'Administration du travail n'avait aucune influence sur son contenu. En effet, pour inciter, à défaut de contraindre, l'employeur à intégrer ses suggestions dans le plan elle pouvait utiliser le « levier » des conventions FNE². En effet, les employeurs qui établissent un plan, prévoient régulièrement la souscription de conventions FNE, qu'il s'agisse de conventions de formation ou d'allocation temporaire dégressive. Or le bénéfice de ces conventions implique l'accord de l'État représenté pour ce faire par l'Administration du travail... C'est pourquoi, à défaut de pouvoir coercitif, et afin de garantir aux salariés menacés de licenciement des mesures sociales d'accompagnement efficaces, l'Administration du travail avait développé la pratique des contreparties³, en subordonnant la conclusion des conventions FNE à l'amélioration et à la diversification des mesures prévues par le plan.

Par ailleurs, sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013, l'Administration était appelée à contrôler le contenu du projet de plan de sauvegarde de l'emploi dont elle pouvait constater l'insuffisance ou la carence⁴. Elle devait ainsi s'assurer que le plan de sauvegarde de l'emploi contenait des mesures de reclassement interne et externe efficaces, de nature à réellement éviter les licenciements ou à en limiter le nombre et à favoriser la reprise d'une activité professionnelle par les salariés dont le licenciement ne pouvait être évité. Pour ce faire, elle ne disposait que de huit jours, délai relativement court, pour apprécier le contenu de ce qui n'était alors qu'un projet, puisque l'employeur devait consulter les représentants du personnel qui pouvaient formuler des suggestions ou des propositions de mesure de

¹ R. KESSOUS : « Carence du plan social », conclusions sous Cass. soc., 16 avr. 1996, *Sté Siétam industries*, RJS 5/96, p. 313.

² N. KERSCHEN et A.-V. NENOT « La fin des préretraites ou l'éternel recommencement ? », Dr. soc. 1993, p. 470.

³ En ce sens, N. KERSCHEN et A.-V. NENOT, 1993, article préc. ; et N. KERSCHEN, A.-V. NENOT : « Délégation à l'emploi et négociation des conventions du Fonds national de l'emploi : la pratique des contreparties », Dr. soc. 1989, p. 17

⁴ Ancien article L. 1233-56 du Code du travail, abrogé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc.

reclassement à intégrer au plan. De ce point de vue, l'instauration d'un second constat de carence à l'issue de la procédure était pertinente puisqu'elle permettait à l'Administration de se prononcer sur le plan de sauvegarde de l'emploi définitivement adopté, son appréciation de la qualité du plan pouvant être éclairée par les suggestions des représentants du personnel¹.

Si l'Administration du travail pouvait, en l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi ou en cas d'insuffisance de mesures de reclassement prévues, adresser à l'employeur un constat de carence, il était dépourvu d'effet juridique². Il ne donnait lieu ni à suspension ni même à interruption de la procédure de consultation³. Toutefois, s'il n'avait pas d'effet juridique, le constat de carence constituait un signal d'alarme à destination de l'employeur, qu'il ne devait pas négliger⁴. En effet, il l'alertait sur l'insuffisance du plan à un moment où il pouvait encore le reprendre et l'étoffer pour le mettre en conformité avec les exigences légales et ainsi éviter les conséquences extrêmement lourdes de l'insuffisance du plan⁵. De surcroît, le constat de carence offrait aux représentants du personnel un argument non négligeable puisque, même s'il ne liait pas le juge faute d'effet juridique, il constituait une pièce du dossier en cas de contentieux portant sur l'insuffisance du plan.

¹ L'article L. 1233-48 du Code du travail impose en effet à l'employeur de transmettre à la DIRECCTE les avis, suggestions et propositions des représentants du personnel visés dans les procès verbaux des réunions.

² En dépit des dispositions de la circulaire du 29 janv. 1993 qui attribuait au constat de carence la qualité de « décision administrative susceptible de recours pour excès de pouvoir (...), et de recours gracieux et hiérarchique ». Cette circulaire fut considérée comme interprétative et non réglementaire par le Conseil d'État (CE, 17 déc. 1993, Dr. soc. 1994 p. 490 ; G. LE CHATELLIER, « La nature juridique du constat de carence institué par l'article L. 321-4-1 du Code du travail », concl. sous CE 17 déc. 1993, Dr. soc., numéro spécial « Plans sociaux » de mai 1994, p. 489.). Malgré cette circulaire, les commentateurs de la loi de 1993 ainsi que les juridictions du fond, tant administratives que judiciaires, dénièrent toute valeur juridique au constat de carence (En ce sens X. PRETOT, articles préc., J. PELISSIER, article préc., G. COUTURIER, article préc. et « Plans sociaux et exigences de reclassement », Dr. soc., numéro spécial « Plans sociaux » de mai 1994, p. 436 ; F. TAQUET : « Brèves réflexions sur les nouvelles dispositions relatives au contenu du plan social », JCP E 1994, n° 3, p. 37, J.-E. RAY, article préc., F. HEAS, thèse préc. ; CA Lyon, 20 sept. 1994, RJS 12/94, n° 1364, p. 328 ; CA Chambéry, 9 nov. 1993 ; TGI Chalons sur Marne, 13 juil. 1994, RJS 10/94, n° 1127.). De son côté, la Cour de cassation approuva les juges du fond de n'avoir accordé « aucune valeur de décision au constat de carence dressé par l'administration du travail » ; Cass. soc., 16 avr. 1996, n° 1814, *Société Sietam Industries*, RJS 5/96, n°530, conclusions de R. KESSOUS préc. De même, l'absence de constat de carence ne pouvait être interprétée comme une approbation administrative du contenu du plan. En effet, nombreuses sont les juridictions à avoir dénié toute valeur au silence de l'administration ; en ce sens CA Chambéry, 9 nov. 1993, *SA ITT Composants et Instruments-Métrieux C/ Comité d'établissement de la SA ITT Composants et Instruments-Métrieux* « l'absence de constat de carence ne peut constituer une preuve ou même une présomption de régularité de la procédure de licenciement » ; CA Reims, 24 Novembre 1993, *SA Moët et Chandon et autres c/ Comité d'entreprise de l'unité économique et sociale Moët et Chandon, Mercier, Ruinart*, « le silence de l'administration ne constitue pas une approbation implicite du contenu, ni même une reconnaissance de l'existence du plan social » ; TGI Boulogne sur Mer, 11 Mai 1993, JCP E, 1993, II, 451, Droit ouvrier 1993, p. 225 ; CA Douai, 23 Juillet 1993, JCP E 1993, II, 510.

³ À ce titre, ce n'était pas un acte administratif faisant grief, susceptible de recours pour excès de pouvoir (V. note 2 ss. art. L. 1233-52), ce qui permettait d'éviter un partage de compétence entre les juridictions administrative et judiciaire dans le contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

⁴ En ce sens, D. BALMARY, art. préc.

⁵ L'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi constatée par le juge judiciaire entraînait ainsi la nullité de la procédure et de tous les actes subséquents *id est* notamment celle des licenciements.

775. Le contrôle du plan en cours d'élaboration par le juge des référés sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013. Si la compétence du juge des référés en cas de non-respect de la procédure de consultation du comité d'entreprise sur le plan de sauvegarde de l'emploi ou en cas d'absence pure et simple de ce plan n'a pas soulevé de difficultés, sa compétence pour apprécier la qualité du plan lors de son élaboration a suscité un débat¹. Conformément aux conclusions de son avocat général « convaincu (...) de l'importance du rôle que le juge des référés doit jouer en ce domaine, grâce à la rapidité et à l'efficacité de ses décisions, à un moment où il est encore possible de « remettre sur les rails de la légalité » » une procédure irrégulière du fait de l'insuffisance du plan², la Cour de cassation a admis dans l'arrêt *Sietam* que le juge de l'urgence pouvait contrôler la validité du plan de sauvegarde de l'emploi en cours d'élaboration³. Si à l'issue de cet examen, il estimait que le plan en cours d'élaboration était dépourvu de mesures précises et concrètes contribuant au reclassement professionnel des salariés, il pouvait prononcer la nullité de la procédure de licenciement collectif et ordonner sa reprise, en imposant l'élaboration d'un plan conforme aux exigences légales.

La compétence du juge des référés pour suspendre ou annuler la procédure, voire les licenciements, en ordonnant la réintégration des salariés illégalement licenciés, en raison de la carence du plan se révélait particulièrement opportune. En effet, grâce au contrôle immédiat du plan effectué au cours de son élaboration, l'employeur était averti suffisamment tôt de la nécessité d'en améliorer le contenu pour éviter, une fois les ruptures prononcées, que le plan soit annulé faute de prévoir l'ensemble des mesures de reclassement interne et externe susceptibles d'être mobilisées par l'employeur, annulation entraînant celle des

¹ Jean-Emmanuel RAY se demandait ainsi si l'appréciation de la pertinence, de la réalité et de la consistance des mesures du plan n'impliquait pas un examen de fond excluant la compétence du juge de l'urgence ; J.-E. RAY, art. préc. Par ailleurs, les juridictions du fond adoptèrent des positions différentes. Certaines écartèrent ainsi la possibilité pour le juge des référés d'apprécier la qualité des dispositifs prévus par le plan en cours d'élaboration conformément à la position du Ministre du travail lors des débats parlementaires relatifs à la loi de 1993 qui estimait que le juge des référés ne pourrait vérifier que l'existence formelle des mesures de reclassement (JO déb. Ass. Nat., 3^{ème} séance, 21 déc. 1992, p. 7744 ; CA Paris, 26 oct. 1993, RJS 1/94, n° 17, p. 35, Dr. ouv. 1994, p. 31, sur cette décision V. C. GUIRLET, SSL, n° 681, p. 4.). À l'inverse, d'autres juridictions reconnaissaient la compétence du juge de l'urgence pour apprécier le contenu du plan (CA Chambéry, réf., 9 nov. 1993, RJS 3/94, n° 242, p. 178, Dr. ouv. 1995, p. 39, dans le même sens, TGI Versailles 20 déc. 1994, Framatome, Dr. ouv. 1995, p. 89 ; TGI Périgueux, 14 nov. 1994, Dr. ouv. 1995, p. 99, TGI Evry, 16 déc. 1994, Dr. ouv. 1995, p. 103 ; TGI Dax, 20 oct. 1993, Dr. ouv. 1994, p. 39). Cette décision est conforme à la circulaire du 29 janvier 1993 qui affirmait que « cette nullité peut être prononcée par le tribunal de grande instance statuant le plus souvent en formation des référés » (circ. préc.).

² P. LYON-CAEN, « Le principe et l'étendue du contrôle par la Cour de cassation du contenu des « nouveaux plans sociaux et de reclassement », conclusions sous Cass. soc. 17 mai 1995, *Everite*, Dr. soc. 1995, p. 56.

³ Cass. soc. 16 avr. 1996, préc. La Cour de cassation a réitéré cette position en reconnaissant au juge des référés la compétence pour apprécier les mesures contenues dans le plan et faire cesser le trouble manifestement illicite que constitue le non-respect de l'article L. 1233-61 du fait de l'insuffisance du plan de reclassement, Cass. soc., 17 juin 1997, Bull. civ. V, n° 223 ; Dr. ouv. 1997, p. 425, CSBP, 1997, n° 92, p. 213.

licenciements¹... Mieux valait ainsi pour l'employeur d'être averti au commencement du processus de restructuration de la menace qui pèse sur lui de voir la procédure de licenciement collectif annulée ainsi que les licenciements subséquents, plutôt que d'être condamné, une fois l'opération terminée, à réintégrer les salariés et/ou à les indemniser.

La faculté de saisir le juge des référés pour obtenir la suspension ou l'annulation de la procédure d'information/consultation du comité d'entreprise sur le projet de grand licenciement collectif, bien qu'elle ait été enserrée dans de brefs délais par la loi de cohésion sociale², était l'objet de vives critiques en ce qu'elle pouvait être utilisée à des fins dilatoires par les représentants du personnel et qu'elle contribuait en tout état de cause à retarder la mise en place d'une restructuration parfois vitale pour l'entreprise³. La loi de sécurisation de l'emploi a donc mis fin à la possibilité de saisir le juge des référés pour qu'il contrôle le contenu du plan en cours d'élaboration.

776. Contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi en cours d'élaboration soumis aux dispositions de la loi du 14 juin 2013. Désormais, outre le contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi opéré par les syndicats lors de la négociation de l'accord majoritaire y afférent et/ou celui des représentants du personnel dans le cadre de la procédure d'information/consultation sur le projet de licenciement collectif, seule l'Administration du travail « contrôle » le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi en cours d'élaboration. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, la DIRECCTE est le garant non seulement de la qualité du dialogue social relatif au projet de restructuration et de grand licenciement collectif, mais aussi de celle des mesures sociales d'accompagnement prévues dans le cadre du plan au bénéfice des salariés menacés de licenciement. Informée au plus tard le lendemain de la première réunion du comité d'entreprise sur le projet de grand licenciement collectif⁴, l'Administration doit s'impliquer dans le suivi de l'élaboration du projet de réduction des effectifs et surtout du plan de sauvegarde de l'emploi. Dans la mesure où

¹ Cass. soc., 13 fév. 1997, *La Samaritaine*, Bull. civ. V, n° 63.

² Les actions en référé pouvaient être introduites dans les quinze jours suivant chaque réunion du comité d'entreprise, anc. art. L. 1235-7, al. 1^{er}, C. trav., abrogé par la loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ Sur ces critiques, V. A. TEISSIER, « Le temps dans la procédure de consultation en cas de PSE », JCP S 2013, 1259 ; F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement économique : un changement d'acteurs », JCP S 2013, 1258 ; F. GÉA, « Le droit du licenciement économique, à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210 ; E. WARGON et J.D. COMBEXELLE, « La loi de sécurisation de l'emploi : point sur l'encadrement des licenciements collectifs », JCP S 2013, act. 432 ; G. COUTURIER, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », Dr. soc. 2013, p. 814 ; P. VIVIEN et P. PREVOSTEAU, « Les procès-durs de licenciement économique : un droit protecteur ou contreproductif ? », Dr. soc. 2013, p. 223 et nos développements.

⁴ Art. L. 1233-46, C. trav.

l'employeur doit lui fournir les mêmes informations qu'au comité d'entreprise¹, l'Administration du travail est en mesure d'apprécier la situation économique de l'entreprise, d'évaluer les moyens qu'elle est susceptible de mobiliser pour mettre en œuvre des mesures de reclassement interne et externe efficaces, favorisant réellement la réinsertion professionnelle des salariés menacés de licenciement. À ce titre, la DIRECCTE doit s'assurer que le projet de plan présenté par l'employeur aux organisations syndicales et/ou aux représentants du personnel est à même d'éviter les licenciements ou du moins d'en réduire le nombre et de concourir à l'accroissement des chances des salariés de retrouver au plus vite et dans les meilleures conditions possible une activité professionnelle.

Si tel n'est pas le cas, il lui appartient de proposer à l'employeur la mise en place d'actions tendant réellement à réduire le nombre de ruptures, par exemple en recourant à l'activité partielle, en prévoyant des actions de formation destinées à développer l'employabilité des salariés en ciblant notamment les formations qui leur permettraient d'occuper des emplois indispensables à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou à la mise en œuvre de la stratégie économique définie par ses dirigeants. De même, elle peut suggérer à l'employeur, s'il ne l'a pas fait, de solliciter le soutien des sociétés du groupe ou de l'UES auquel il appartient le cas échéant, pour qu'elles participent au financement du plan et qu'elles l'informent des postes éventuellement disponibles en leur sein pour reclasser les salariés menacés de licenciement.

Elle peut également inciter l'employeur à procéder à un rééquilibrage entre mesures internes et externes, ou entre mesures passives et certaines actions impliquant une participation active de l'entreprise. La DIRECCTE a aussi la faculté d'indiquer à l'employeur qu'il devrait recourir aux prestations d'un cabinet d'*outplacement* ou que le dispositif d'aide à la création d'entreprise qu'il envisage de mettre en œuvre doit être amélioré en assortissant l'aide financière accordée au salarié porteur d'un projet d'actions de soutien consistant à évaluer la viabilité de son projet entrepreneurial, à l'accompagner dans la construction de ce projet pour qu'il puisse se concrétiser et être pérenne grâce à des études de marché, à des formations à la gestion d'entreprise, à une assistance dans le démarchage de clients ou encore à un accompagnement dans les démarches administratives nécessaires à la création de son entreprise. De même, la DIRECCTE, qui connaît *a priori* bien le bassin d'emploi dans lequel elle est établie, peut suggérer à l'employeur d'intégrer dans le plan des mesures de formation ou de reconversion permettant d'acquérir des qualifications et compétences qui sont

¹ Art. L. 1233-48, C. trav.

recherchées pour pourvoir des emplois pour lesquels il existe une pénurie de main d'œuvre dans le bassin. Les partenariats existant entre DIRECCTE et Pôle emploi lui permettent de connaître l'état du marché local de l'emploi et d'identifier les actions de formation qu'il serait pertinent de proposer aux salariés dont l'emploi est menacé pour qu'ils puissent rapidement retrouver un emploi au regard des besoins locaux de main d'œuvre. En outre, si l'employeur a prévu des mesures de mobilité dans le plan, la DIRECCTE s'assurera qu'elles sont assorties de mesures d'accompagnement incitant réellement les salariés à accepter la proposition de mobilité. Si tel n'est pas le cas, elle suggérera par exemple la prise en charge par l'entreprise des frais nécessaires pour rechercher une résidence dans le secteur géographique de l'emploi proposé à la mobilité, des aides au déménagement, une assistance dans la recherche d'emploi au bénéfice du conjoint du salarié qui accepterait une mesure de mobilité, etc.

Rien n'oblige l'employeur à suivre les suggestions de l'Administration du travail et à les intégrer dans le plan de sauvegarde de l'emploi, il est simplement tenu d'y répondre en indiquant, le cas échéant, les motifs qui le conduisent à ne pas mettre en œuvre les suggestions administratives¹. Les observations de la DIRECCTE et la réponse de l'employeur doivent être transmises aux représentants du personnel qui pourront s'en servir pour tenter d'obtenir une optimisation des mesures de reclassement interne et externes prévues par le plan. Surtout, si, comme sous l'empire du droit antérieur, l'employeur peut ne pas tenir compte des propositions et suggestions de la DIRECCTE tendant à renforcer les mesures d'accompagnement des salariés menacés de licenciement, une telle attitude est désormais particulièrement risquée. En effet, si, sans motif légitime, il n'intègre pas dans le plan les suggestions tendant à favoriser le reclassement professionnel des salariés, il semble probable que la DIRECCTE refusera d'homologuer/valider le projet de licenciement collectif en raison de l'insuffisance du plan, paralysant ainsi le prononcé des licenciements et partant la mise en œuvre de la restructuration. En effet, le contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi au cours de son élaboration permet à la DIRECCTE de préparer sa décision « finale » relative à l'homologation/validation du projet et offre ainsi à l'employeur la possibilité de le réorienter pour qu'il satisfasse aux exigences légales.

¹ Art. L. 1233-57, C. trav.

777. Validation/homologation du plan de sauvegarde de l'emploi. À l'issue de la consultation du comité d'entreprise, lorsque le projet de licenciement est définitivement élaboré, c'est-à-dire qu'on a défini ses conditions de mise en œuvre (nombre des licenciements, catégories professionnelles concernées, critères, éventuellement pondérés, et champ d'application de l'ordre des licenciements) et que le plan de sauvegarde de l'emploi est définitivement adopté, la mise en œuvre du licenciement collectif est subordonnée à l'homologation/validation du projet par la DIRECCTE. Une fois la procédure d'information/consultation des représentants du personnel achevée, l'employeur lui transmet l'accord majoritaire portant, *a minima*, sur le plan de sauvegarde de l'emploi, et/ou le document unilatéral portant l'intégralité du projet à défaut d'accord ou sur les points non traités par l'accord partiel¹. La DIRECCTE dispose alors de quinze jours pour instruire la demande de validation de l'accord majoritaire ou de vingt-et-un jours pour homologuer le document unilatéral², délai réduit à huit ou quatre jours lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective, peu important que le projet soit adopté ou non sous forme d'accord majoritaire³.

Une fois saisie de la demande d'homologation/validation la DIRECCTE doit notamment s'assurer que le plan de sauvegarde de l'emploi est conforme aux exigences légales, étant rappelé qu'aux termes de la loi il lui appartient de mener un contrôle plus approfondi des plans unilatéraux que des plans ayant fait l'objet d'un accord majoritaire. Quelle que soit la forme du plan, unilatéral ou conventionnel, l'Administration du travail ou le juge administratif saisi d'une contestation relative à une décision d'homologation/validation, ne peut apprécier les choix économiques qui ont conduit l'employeur à engager une procédure de licenciement collectif pour motif économique, ni se prononcer sur la régularité de la procédure de mise en liquidation judiciaire⁴. Cette solution, qui s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence *SAT*⁵, ne saurait surprendre puisqu'elle confirme le principe dégagé dans l'arrêt *Vivéo* selon lequel la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est indépendante de

¹ Art. L. 1233-57-1, C. trav. Sur les modalités de transmission de la demande d'homologation/validation et le contenu du dossier que l'employeur doit adresser à la DIRECCTE.

² Art. L. 1233-57-2 (accord majoritaire) et L. 1233-57-3 (document unilatéral), C. trav.

³ Art. L. 1233-58, C. trav. Sur ces délais.

⁴ TA Châlons-en-Champagne, 11 févr. 2014, n° 1302032, cons. 8 ; sur ce jugement, V. C. TAILANDIER, art. préc. ; C. WILLMANN, « Homologation du PSE : les premiers contentieux depuis la loi de sécurisation de l'emploi », *Lexbase hebdo éd. soc.*, du 8 mai 2014, N° LXB : N2116BUW.

⁵ Cass. Ass. pl., 8 déc. 2000, *SAT*, Bull. Ass. pl., n° 11 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 115, préc. ; sur cet arrêt.

l'existence d'un motif économique réel et sérieux fondant la mise en œuvre du projet de grand licenciement collectif dans le cadre duquel le plan est élaboré¹. S'il ne lui appartient pas de se prononcer sur les raisons qui ont conduit l'employeur à envisager un grand licenciement collectif, il semble toutefois qu'en réalité, la DIRECCTE étant associée à l'élaboration du projet dont elle doit garantir qu'elle se déroule dans le cadre d'un dialogue social de qualité et qu'il prévoit des mesures sociales d'accompagnement efficaces, elle contrôlera implicitement et officieusement le motif économique de la restructuration destructrice d'emploi. En effet, appelée à faire des suggestions tendant à l'amélioration du plan « *au regard de la situation économique de l'entreprise* »², qu'elle peut apprécier grâce aux documents qui lui sont fournis³, il apparaît que si elle constate lors de l'examen de la situation de l'entreprise qu'elle n'a aucune raison économique réelle et sérieuse d'envisager des ruptures, elle se montrera particulièrement exigeante sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi⁴. Dans de telles circonstances, il semble vraisemblable qu'elle subordonnera l'homologation/validation (si tant est que l'employeur arrive à obtenir l'accord des syndicats majoritaires en l'absence de motif réel et sérieux justifiant une restructuration destructrice d'emplois) du projet à l'enrichissement du plan de sauvegarde de l'emploi et à la mobilisation de nombreux moyens tendant à assurer le reclassement en interne des salariés et à réellement accroître leurs chances de retrouver rapidement une activité professionnelle stable, salariée ou non.

778. Contrôle du plan adopté unilatéralement par l'employeur. L'article L. 1233-57-3 du Code du travail enjoint à l'Administration saisie d'une demande d'homologation du projet de licenciement collectif unilatéral de s'assurer du respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 dudit code en fonction des moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe, des mesures d'accompagnement prévues au regard de l'importance du projet de licenciement et des efforts de formation et d'adaptation tels que mentionnés aux articles L. 1233-4 et L. 6321-1 du même code.

Sauf si la réduction d'effectifs envisagée par l'employeur se fait au moyen d'un plan de départs volontaires « autonome »⁵, la DIRECCTE doit donc vérifier que l'employeur a

¹ Cass. soc., 3 mai 2012, *Vivéo*, Bull. civ. V, n° 129, préc. ; sur cet arrêt.

² Art. L. 1233-57, C. trav.

³ Ce sont les mêmes que ceux communiqués aux représentants du personnel, art. L. 1233-48, C. trav.

⁴ En ce sens, R. VATINET, art. préc.

⁵ Cass. soc. 26 oct. 2010, préc.

bien élaboré un plan de reclassement destiné à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment celui des salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile. Ainsi, il lui appartient de s'assurer que les mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi tendent réellement à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés menacés de licenciement en tenant compte de leur profil et des moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe. En effet, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a défini des conditions drastiques à l'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Il estime ainsi que pour être homologué le plan doit prévoir des mesures adaptées aux besoins des salariés et efficaces particulièrement lorsque le groupe auquel appartient l'entreprise dispose de moyens financiers pour participer au reclassement professionnel des salariés de sa filiale placée en liquidation judiciaire¹. Dans ce jugement, il affirme que l'homologation du plan doit être subordonnée à la prévision par ce dernier de mesures correspondant aux besoins des salariés licenciés qui doivent bénéficier d'actions de formation efficaces et individualisées, de nature à leur permettre de retrouver un emploi dans de brefs délais. Le tribunal administratif a ainsi annulé l'homologation du projet de licenciement collectif en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi qui prévoyait des aides à la mobilité externe qui n'étaient pas adaptées aux besoins des salariés, et qui aurait pu contenir des mesures plus incitatives et plus efficaces au regard des moyens du groupe auquel appartenait l'entreprise². Il a ainsi considéré que si l'aide individuelle à la formation, à hauteur de 4 500 euros, est adaptée pour bénéficier d'une formation de base, elle est revanche insuffisante pour faire face au besoin d'une formation rapide individualisée indispensable pour accroître les chances des salariés de retrouver un emploi rapidement³. De même, les juges administratifs ont estimé que l'aide forfaitaire à la création d'entreprise, d'un montant de 6 000 euros, était également insuffisante notamment parce qu'elle n'était pas versée aux auto-entrepreneurs⁴. Ainsi, les mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi n'étaient pas suffisantes au regard de l'ampleur du licenciement collectif qui concernait 63 salariés, et des moyens du groupe dont la santé économique était florissante. L'appréciation de la conformité du plan aux exigences légales par le tribunal de Châlons-en-Champagne est particulièrement stricte et semble plus rigoureuse que celle résultant de la jurisprudence de la Cour de

¹ TA Châlons-en-Champagne, 11 févr. 2014, n° 1302032, préc.

² TA Châlons-en-Champagne, 11 févr. 2014, n° 1302032, préc., cons. 11

³ TA Châlons-en-Champagne, 11 févr. 2014, n° 1302032,, préc., cons. 12.

⁴ TA Châlons-en-Champagne, 11 févr. 2014, n° 1302032, préc., cons. 13.

cassation relative aux plans soumis aux dispositions antérieures à la loi du 14 juin 2013¹, moyennant quoi elle a été confirmée en appel par la Cour d'appel de Nancy².

S'il convient d'attendre les prises de positions du Conseil d'État relatives au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et les directives adressées aux DIRECCTE en matière de contrôle des mesures de reclassement interne et externe qui émergeront de sa jurisprudence, pour l'heure le juge administratif se montre au moins aussi exigeant, voire davantage, que son homologue judiciaire jadis.

Il appartient donc à l'Administration de vérifier que l'ensemble des dispositifs de reclassement interne et externe susceptibles d'être mobilisés par l'employeur au regard des moyens dont dispose l'entreprise, l'UES ou le groupe, a bien été intégré dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Elle contrôlera, à ce titre, que l'employeur a tenu compte des propositions qu'elle a formulées au cours de la procédure d'élaboration du plan et qu'il a intégré les mesures suggérées ou qu'il a justifié pourquoi il ne les mettait pas en œuvre en démontrant soit qu'il n'en avait pas les moyens, soit que la prévision de ces mesures n'était pas pertinente en termes de reclassement au vu des caractéristiques des salariés concernés par le projet. Elle s'assurera également que l'employeur a pris en considération les suggestions des représentants du personnel tendant à améliorer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et, le cas échéant, qu'il avait un motif légitime pour ne pas les suivre. Il convient d'indiquer que l'employeur n'est pas tenu de notifier au comité d'entreprise le document unilatéral contenant le plan définitif qu'il transmet à la DIRECCTE dès lors que son contenu n'est pas substantiellement différent de celui qui lui a été soumis³.

Lorsqu'elle contrôle le plan de sauvegarde de l'emploi, l'Administration doit par ailleurs s'assurer que l'employeur y a prévu le bénéfice des dispositifs obligatoires d'accompagnement des salariés licenciés pour motif économique que sont le contrat de sécurisation professionnelle et le congé de reclassement, dont les conditions de mise en œuvre doivent être fixées dans le plan⁴. De même, elle doit vérifier que l'employeur a bien défini dans le plan les modalités de suivi de sa mise en œuvre en application de l'article L. 1233-63 du Code du travail.

¹ En ce sens, C. TAILLANDIER, art. préc.

² CAA Nancy, 23 juin 2014, n° 14NC00528 : JurisData n° 2014-015164, Dépêches JurisClasseur 4 août 2014

³ En ce sens, conclusions du rapporteur public I. SERVAIS, sous TA Cergy-Pontoise, 22 avr. 2014, n° 1400714, SSL 2014, n° 1631, sur ce jugement, V. JCP S 2014, 1322, comm. R. VANDERMEEREN.

⁴ Sur le contrat de sécurisation professionnelle et sur le congé de reclassement.

779. Contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi adopté dans le cadre d'un accord majoritaire. Le contrôle administratif du plan de sauvegarde de l'emploi ayant fait l'objet d'un accord entre l'employeur et les syndicats ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés en faveur des syndicats représentatifs aux dernières élections est, logiquement, plus restreint que celui effectué en cas de plan unilatéral. Le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel bénéficie d'une présomption de légalité induite par la signature des organisations syndicales majoritaires¹ : si celles-ci ont consenti à la conclusion de l'accord, on présuppose qu'il contient des mesures sociales d'accompagnement efficaces en termes de reclassement interne et externe, proportionnées aux moyens dont dispose l'entreprise, l'UES ou le groupe. Dans la mesure où rien ne contraint les syndicats à conclure l'accord, il semble probable qu'ils « monnaieront » leur signature en exigeant de l'employeur la mise en place de nombreux dispositifs, efficaces, permettant réellement d'éviter les licenciements, d'en réduire le nombre et d'accroître les chances des salariés qui seront licenciés de retrouver au plus vite, et dans les meilleures conditions possibles, une activité professionnelle.

Toutefois, si l'instruction du 19 juillet 2013 affirme que l'existence d'un accord majoritaire sur le plan « *traduit un équilibre dont il convient de tenir compte et qui doit conduire la DIRECCTE à présumer que le contenu du PSE est conforme aux exigences légales (proportionnalité aux moyens et à la taille de l'entreprise et du groupe auquel l'entreprise appartient, diversité et adéquation des mesures d'accompagnement social, effort d'adaptation....) en vue d'assurer le reclassement des salariés, tant en interne qu'en externe.* », elle précise qu'« *il faut veiller à un certain équilibre entre les mesures indemnitaires et les mesures d'accompagnement sociales.* »². En effet, il est assez courant en pratique lorsqu'un grand licenciement collectif est envisagé que le « cheval de bataille » des syndicats soit d'obtenir le versement d'une indemnité financière élevée aux salariés licenciés. Or aucun « chèque-valise », quel qu'en soit le montant, ne permet au salariés de retrouver un emploi durable. Appelée à contrôler le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel, l'Administration du travail doit donc vérifier, qu'au-delà d'éventuelles mesures indemnitaires, le plan prévoit des actions permettant d'éviter ou de limiter les licenciements : qu'il s'agisse de mobilités internes à l'entreprise ou au groupe assorties de dispositifs incitant les salariés à les accepter, du recours à l'activité partielle assorti de la mise

¹ Pour mémoire la validité de l'accord sur le plan de sauvegarde de l'emploi est seulement subordonnée à une condition majoritaire « affaiblie » puisqu'il suffit qu'il soit conclu par les syndicats ayant obtenu la majorité de suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives aux dernière élections, et non la majorité de l'ensemble des suffrages ; art. . 1233-24-1, C. trav.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc., fiche n° 2.

en œuvre d'actions de formation tendant à accroître l'employabilité des salariés pendant les heures chômées¹. Elle devra également s'assurer que les partenaires sociaux se sont préoccupés de l'accompagnement des salariés qui seront licenciés en leur offrant le bénéfice d'actions tendant à favoriser leur réinsertion professionnelle : recours à un cabinet d'*outplacement*, bilan de compétences, actions de validation des acquis de l'expérience, assistance à la recherche d'emploi et/ou à la création d'entreprise, etc. Si l'instruction du 19 juillet 2013 affirme que « *la fixation du montant des indemnités de rupture relève du dialogue social interne à l'entreprise* »², et que le tribunal administratif de Montreuil a énoncé qu'il n'appartient ni à la DIRECCTE, ni au juge administratif, de s'immiscer dans les choix faits par les signataires de l'accord majoritaire³, il n'en reste pas moins que la DIRECCTE doit s'assurer que le plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel contribue réellement à éviter des licenciements, à réduire le nombre de ruptures et à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés qui seront inéluctablement licenciés. Il lui appartiendra également de vérifier que les partenaires sociaux ont défini dans l'accord les modalités de suivi de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi⁴.

780. Pour mémoire, lorsqu'elle instruit une demande de validation/homologation, la DIRECCTE doit contrôler, outre le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, que l'employeur a respecté, la procédure d'information/consultation des représentants du personnel⁵, la régularité des conditions de mise en œuvre des ruptures⁶, les obligations relatives à la recherche d'un repreneur si le projet de restructuration consistait à fermer un établissement⁷, et en cas d'accord portant *a minima* sur le plan de sauvegarde de l'emploi, que celui-ci satisfait à la condition de « petite » majorité prévue à l'article L. 1233-24-1 du Code du travail et qu'il ne contient pas de dérogations prohibées par l'article L. 1233-24-3 du Code du travail⁸. Dans le délai de quatre, huit, quinze ou vingt-et-un jours qui lui est assigné pour

¹ Sur le recours à l'activité partielle.

² Instruction DGEFP/DGT, du 19 juil. 2013, préc.,

³ TA Montreuil, 7 fév. 2014, n° 1311393, consid. 10, *in fine*, sur ce jugement V. C. WILLMANN, art. préc. et P. MORVAN, « La jurisprudence administrative relative aux licenciements pour motif économique : première ébauche », JCP S 2014, 1108.

⁴ Art. L. 1233-63, C. trav. ; sur la mise en œuvre du plan.

⁵ *Id est* celle du comité d'entreprise et du ou des CHSCT le cas échéant, voire de l'instance de coordination des CHSCT.

⁶ À savoir les critères de l'ordre des licenciement leur nondération éventuelle et leur nérimètre d'application, le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées, le calendrier des licenciements, et les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail.

⁷ Sur l'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'établissement.

⁸ Art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3, C. trav.

instruire la demande selon les circonstances, l'Administration doit rendre sa décision, étant rappelé qu'en cas de silence à l'issue du délai imparti à la DIRECCTE, l'homologation/validation du projet est réputée acquise¹. Si elle estime que le projet de licenciement est conforme aux exigences légales et donc que le plan de sauvegarde de l'emploi contient des mesures précises et concrètes tendant à éviter les licenciements, en limiter le nombre et à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés, elle le validera/homologuera, autorisant ainsi l'employeur à le mettre en œuvre et à procéder aux ruptures.

À l'inverse, si la DIRECCTE estime que le plan de sauvegarde de l'emploi est insuffisant parce que les mesures qu'il prévoit ne permettent pas d'assurer le reclassement professionnel des salariés menacés de licenciement ou que l'employeur avait les moyens d'intégrer d'autres dispositifs plus efficaces pour accroître les chances des salariés de rester dans l'entreprise ou le groupe ou de retrouver rapidement une activité professionnelle, elle refusera de valider/homologuer le plan, paralysant ainsi les licenciements à peine de nullité.

¹ Art. L. 1233-57-4 (entreprises *in bonis*) et L. 1233-58 (entreprises soumises à une procédure collective), C. trav.

C - La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi.

781. Le plan de sauvegarde de l'emploi constitue la mesure phare de notre droit des licenciements collectifs. Parce qu'il participe à la mise en œuvre du droit constitutionnel à l'emploi en imposant à l'employeur de mettre en place des alternatives au licenciement ou au chômage, le non-respect de l'exigence d'élaborer un plan contenant des mesures permettant d'éviter les licenciements, d'en réduire le nombre et d'accroître les chances des salariés licenciés de retrouver une activité professionnelle durable, doit donner lieu à une sanction réellement comminatoire. Il aura fallu attendre la loi du 27 janvier 1993¹, et plus particulièrement l'adoption d'un amendement du groupe communiste, pour que l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi soit assortie d'une sanction de nature à véritablement garantir le droit au reclassement des salariés : la nullité de la procédure de licenciement collectif. Ainsi, l'article L. 321-4-1 de l'ancien Code du travail énonçait qu'en l'absence de plan conforme aux exigences légales « *la procédure est nulle et de nul effet* ». Cette formule relativement ambiguë suscita un débat doctrinal sur sa signification et la portée de la nullité de la procédure : emportait-elle également nullité des licenciements² ? Cette question fut tranchée par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt *La Samaritaine* qui affirma que « *la nullité qui affecte le plan [de sauvegarde de l'emploi] s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif (...), sont eux-mêmes nuls* »³. Cette position jurisprudentielle fut consacrée par la loi du 17 janvier 2002 qui imposa

¹ Loi n° 93-121, du 27 janv. 1993, préc.

² Pour un résumé des arguments des partisans et des opposants de la nullité des licenciements, V. G. COUTURIER et J. PELISSIER, « Nullité du plan social », *SSL*, 3 mars 1997, n° 829, p. 3 ; pour des articles estimant que la nullité ne devait pas être étendue aux licenciements, V. P.-H. ANTONMATTEI, « La nullité du licenciement économique consécutive à la nullité du plan social », *RJS* 3/97, p. 155 ; A. ARSEQUEL et P. FADEUILHE, « Quelles sont les contraintes d'établissement d'un plan social dans le cadre d'un groupe de sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 1995, n° 10, p. 837 ; G. COUTURIER, *Droit du Travail, 1/Les relations individuelles de travail*.-Collection Droit Fondamental, 3^{ème} éd. 1996, n° 169 ; G. COUTURIER, « Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janv. 1993 » et « Plans sociaux et exigences de reclassement » préc. ; X. PRETOT, article préc., J. SAVATIER, article préc. ; B. TEYSSIE, « Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique », *JCP G* 1996, I, 3902 ; sur la position inverse, V. M. GREVY, « Le contenu des plans sociaux », *Action juridique*, juil. 1995, n° 113, p. 5 ; G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, A. SUPLOT, *Droit du travail*, Dalloz, n° 449, p. 404 ; P. MOUSSY, « Brefs propos sur le mécanisme légal de sanction de l'absence de plan visant au reclassement de salariés concernés par un projet de licenciement économique collectif », *Dr. ouvrier* 1994, p. 334 ; J. PELISSIER, article préc., M. SCHEIDT, « L'annulation d'un plan social entraîne celle des licenciements », *RPDS*, 1997, p. 91.

³ Cass. soc., 13 fév. 1997, *La Samaritaine*, *Bull. civ. V*, n° 63 ; *RJS* 3/97, n° 268, *Dr. soc.* 1997, p. 254, note G. COUTURIER ; *D.* 1997, *Jurisp.*, p. 171, note G. LYON-CAEN ; *JCP G*, 1997, II, 22843, note F. GAUDU ; *Dr. ouv.* 1997, p. 95, note P. MOUSSY ; P.-H. ANTONMATTEI article préc. ; G. COUTURIER et J. PELISSIER, article préc. ; F. FAVENNEC-HERY, « La jurisprudence *La Samaritaine* et la prescription des actions en justice », *Dr. soc.* 1997, p. 341 ; T. GRUMBACH, « Encore une fois sur les arrêts *La Samaritaine* », *Dr. soc.*

donc au juge, saisi d'une demande en ce sens, de prononcer la nullité du licenciement du salarié et d'ordonner sa réintégration dès lors qu'il constate la nullité de la procédure consécutive à l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi¹. Cette loi fixa également à douze mois de salaire le montant d'indemnisation minimum qui devait être accordé au salarié non-réintégré.

Sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 14 juin 2013, seuls les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté licenciés par une entreprise *in bonis* n'ayant pas élaboré un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales, pouvaient solliciter l'annulation de la rupture et demander leur réintégration. En effet, à la suite d'une malfaçon législative, la nullité des ruptures en présence d'un plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant élaboré par une entreprise soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire a été accidentellement écartée². Les licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure collective en l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales étaient, selon la Cour de cassation, dépourvus de cause réelle et sérieuse et ouvraient simplement droit au versement d'une indemnité³. De même, en cas de plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant, les salariés licenciés alors qu'ils avaient moins de deux ans d'ancienneté ne pouvaient prétendre qu'à l'indemnisation de leur préjudice. Assurant une certaine continuité en termes de sanctions, la loi de sécurisation de l'emploi a maintenu la nullité des licenciements en cas d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi et n'a pas remis en cause son champ d'application qui reste limité aux salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté licenciés par une entreprise *in bonis*, champ d'application conforme à la Constitution et notamment au principe d'égalité devant la loi⁴. Il semble à ce titre que les

1997, p. 331 ; E. LEWALLE, « Les arrêts Samaritaine : l'autre problème », SSL, 28 avr. 1997, n° 837, p. 3 ; S. NIEL, « La justice sanctionne les licenciements collectifs », SSL, 1^{er} avr. 1997, n° 833, p. 3 ; G. PICCA, « La saga du plan social et de reclassement : du judiciaire à l'entreprise », JCP éd. E 1997, n°16, 648, A. SAURET, « L'ingénierie des plans sociaux », Gaz. Pal. du 6 fév. 1997, page 168 ; M. SCHEIDT, article préc.

¹ Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, préc.

² Sur cette question, V. C. et J.-Y. FROUIN, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », RJS 4/06, p. 251 ; P. BAILLY, « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », rapp. sous Cass. soc., 2 fév. 2006, SSL, 6 fév. 2006, n° 1247, p. 5.

³ Cass. soc. 2 fév. 2006, Bull. civ. V, n° 58 ; Cass. soc. 13 juin 2006, Dr. ouv. 2006, p. 549 ; Cass. soc. 28 juin 2006, n° 05-41.685, RDT 2006, p. 244, obs. P. WAQUET ; Cass. soc. 3 mai 2007, Bull. civ. V, n° 66 (à propos d'un salarié protégé) ; JCP S 2007, 1701, comm. B. BOSSU.

⁴ Sur la constitutionnalité de la mise à l'écart de la nullité en cas de procédure collective Cons. const., 28 mars 2013, déc. n° 2013-299 QPC, JO du 30 mars 2013, p. 5459 ; C. RADÉ, « Les entreprises en difficulté ne sont pas de entreprises comme les autres (à propos de la décision n° 2013-299 QPC du 28 mars 2013) », Lexbase hebdo, éd. soc. N° LXB E9340ESQ ; Cass. soc., 9 janv. 2013, n° 12-40.085, à paraître au Bulletin, Jurisdata n° 2013-000027 ; sur celle de la mise à l'écart de la nullité des licenciements des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté, Cons. const., déc. n° 2012-232, du 13 avr. 2012, JO du 14 avr. 2012, p. 6886 ; Constitutions 2010, p. 334, obs C. RADÉ ; Dr. ouv. 2012, p. 674, obs. P.-Y. GADHOUN ; Cass. soc., 1er fév. 2012, QPC n° 11-40.092, Bull. civ. V, n° 50.

solutions de la Cour de cassation relatives aux conséquences de la nullité résultant de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi devraient, au moins pour la plupart d'entre elles, survivre à l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi.

782. Refus d'homologation/validation du projet de licenciement lié à l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, amendement obligatoire du projet. Si la DIRECCTE rend une décision de refus d'homologation/validation du projet de licenciement, qu'elle soit ou non fondée sur l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur ne peut mettre en œuvre son projet et prononcer les ruptures qu'il prévoit. Si, malgré le refus de validation/homologation opposé par l'Administration, l'employeur souhaite maintenir son projet de grand licenciement collectif, il lui appartient soit de rouvrir une négociation pour conclure un nouvel accord majoritaire, soit d'établir un nouveau document unilatéral afin d'élaborer un nouveau plan de sauvegarde de l'emploi modifié en fonction des observations de l'Administration qui l'ont conduite à refuser d'homologuer/valider le projet initial¹. Si l'Administration a fondé son refus sur l'insuffisance du contenu du plan au regard des moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe ou si elle a expressément visé des actions tendant à favoriser le reclassement interne ou la réinsertion professionnelle des salariés licenciés que l'employeur aurait pu (dû) intégrer dans le plan, l'employeur devra amender son projet en sollicitant l'aide des autres sociétés du groupe ou en prévoyant la mise en œuvre des mesures suggérées par l'Administration s'il en a les moyens. Il est indispensable qu'il améliore l'accompagnement des salariés menacés de licenciement en recourant à des dispositifs plus efficaces en termes de reclassement professionnel, en diversifiant les mesures, en procédant à un rééquilibrage entre mesures indemnitaires et mesures concourant réellement à accroître les chances de reclassement au sein de l'entreprise ou du groupe ou à faciliter la reprise d'une activité professionnelle par les salariés licenciés en se conformant aux préconisations de la DIRECCTE.

Une fois sa première demande de validation ou d'homologation rejetée par la DIRECCTE, l'employeur qui décide de maintenir son projet devra le reprendre et consulter à nouveau le comité d'entreprise, et ce, qu'il ait décidé de conclure un nouvel accord ou

¹ Art. L. 1233-57-7, C. trav. Une fois la demande d'homologation ou de validation rejetée par la DIRECCTE, l'employeur dispose de nouveau de la faculté de choisir de recourir à la voie unilatérale ou négociée pour amender son projet de licenciement collectif. Le fait qu'il ait en premier lieu soumis une demande de validation d'un accord majoritaire, ne l'oblige en rien une fois la validation rejetée à rouvrir une négociation, et il peut décider de passer par la voie unilatérale et établir un document reprenant les points de l'accord approuvés par la DIRECCTE et complété en fonction des motifs ayant fondé le rejet de la demande de validation, et *vice versa*.

d'élaborer un document unilatéral amendé en fonction des motifs de rejet de la première demande¹. Pour mémoire, si l'entreprise est soumise à une procédure collective, le comité d'entreprise devra être réuni dans les trois jours suivant la notification de la décision de refus² ; aucun délai n'est en revanche prévu en cas de reprise du projet dans une entreprise *in bonis*. Une fois son projet modifié et le plan de sauvegarde de l'emploi étoffé en tenant compte des raisons invoquées par l'Administration au soutien de sa décision de refus d'homologation/validation, et après avoir consulté à nouveau le comité d'entreprise sur le nouveau projet de plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel ou unilatéral, il devra adresser une seconde demande de validation ou d'homologation du projet qui sera instruite dans les mêmes conditions que la première si l'entreprise est *in bonis*³, et dans un délai de trois jours si elle est soumise à une procédure collective⁴.

Tant que l'employeur n'aura pas obtenu une décision expresse ou tacite d'homologation ou de validation de son projet de grand licenciement collectif, il ne pourra notifier aucune rupture⁵. S'il ne tient pas compte du refus opposé par la DIRECCTE et qu'il notifie des licenciements prévus dans le projet non homologué/non validé par l'Administration du travail en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, les ruptures seront nulles ou irrégulières selon les circonstances.

783. Nullité des licenciements des salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté en l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi validé/homologué dans une entreprise *in bonis* ou en cas d'annulation de la décision d'homologation/validation en raison de l'insuffisance du plan. Si, malgré le rejet de sa demande d'homologation/validation du projet de grand licenciement collectif ou en l'absence d'homologation/validation, l'employeur notifie les licenciements, ils encourront la nullité⁶. Il en va de même lorsque le juge administratif saisi d'une demande en ce sens⁷, annule la décision d'homologation/validation du projet de licenciement en raison de l'insuffisance du plan, seul motif d'annulation entraînant la nullité des ruptures⁸. Ainsi, dans ces circonstances, les salariés pourront saisir le

¹ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

² Art. L. 1233-58, C. trav.

³ Art. L. 1233-57-7, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-58, C. trav.

⁵ Art. L. 1233-39, C. trav.

⁶ Art. L. 1235-10, C. trav.

⁷ Sur les conditions de saisine du juge administratif.

⁸ En effet, si le juge administratif annule la décision d'homologation/validation pour une autre raison telle qu'une irrégularité de la procédure d'information/consultation qui a empêché les représentants du personnel de délibérer et de rendre un avis en toute connaissance de cause, les licenciements ne sont pas nuls, ils ouvrent droit au

conseil de prud'hommes pour qu'il constate la nullité de leur licenciement et ordonne leur réintégration dès lors qu'elle n'est pas impossible¹. S'il est réintégré, le salarié a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé². Il faut donc déduire de cette somme les revenus qu'il a tirés d'une autre activité³ ou le revenu de remplacement qui a pu lui être servi par le Pôle emploi⁴, ou au titre d'une pension de retraite⁵. Si le salarié ne demande pas sa réintégration, ou que celle-ci est impossible, il a droit à une indemnité réparant son préjudice, souverainement apprécié par les juges du fond qui ne pourront en tout état de cause pas lui accorder une indemnité inférieure aux salaires des douze derniers mois⁶.

Par ailleurs, si l'article L. 1235-10 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi de sécurisation de l'emploi ne prévoit la nullité de la procédure de licenciement collectif qu'en cas d'annulation de la décision d'homologation/validation par le juge administratif fondée sur l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, il semble que les solutions dégagées par la Cour de cassation sur les conséquences de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi au-delà de la seule nullité des licenciements devraient être maintenues. Ainsi, il est vraisemblable que les salariés qui auront obtenu l'annulation de leur licenciement devront restituer les sommes qui ont pu leur être versées en application du plan non homologué/validé (ou dont l'homologation/validation a été annulée par le juge administratif)⁷, à la stricte condition toutefois que l'employeur ait formulé une demande en répétition de l'indu⁸. De surcroît, si les articles L. 1235-11 du Code du travail visent la nullité

versement d'une indemnité au salarié qui ne saurait être inférieure à six mois de salaire sauf à ce que l'employeur et le salarié s'accordent sur sa réintégration ; art. L. 1235-16, C. trav. Sur le fait que seule une irrégularité de procédure ayant empêché les représentants du personnel de délibérer et de rendre un avis en toute connaissance de cause est susceptible d'entraîner l'annulation de l'homologation/validation administrative du projet : TA Montreuil, 20 déc. 2013, n° 1309825, préc.

¹ Art. L. 1235-11, C. trav. ; sur les modalités de réintégration.

² Cass. soc., 3 juil. 2003, Bull. civ. V, n° 214 ; D. 2004, Somm. 180, obs. B. REYNÈS ; JCP E 2004, 563, obs. J.-F. CESARO ; RJS 2003, n° 1141 ; Cass. soc., 12 fév. 2008, Bull. civ. V, n° 34 ; RJS 2008, n° 404 ; JCP S 2008, 1336, note F. DUMONT.

³ Cass. soc., 3 juil. 2003, préc.

⁴ Cass. soc., 28 oct. 2003, Bull. civ. V, n° 263 ; Pour mémoire, en application de l'article L. 1235-4 du Code du travail l'employeur sera condamné à rembourser à cet organisme tout ou partie des indemnités chômage versées au salarié dont le licenciement a été annulé.

⁵ Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-45.001.

⁶ Art. L. 1235-11, C. trav., *in fine*.

⁷ Cass. soc., 28 mars 2012, Bull. civ. V, n° 211 ; JCP S 2012, 1483, note R. CHISS.

⁸ La Cour de cassation a ainsi jugé qu'en « *décidant que le licenciement était nul et de nul effet, la Cour d'appel a nécessairement remis en cause les versements effectués en vertu de ces licenciements ; que dès lors qu'elle n'était saisie d'aucune demande même subsidiaire au sujet de ces sommes, elle a statué dans les limites du litige* » (Cass. soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 132, préc.), rejetant donc le pourvoi de l'employeur qui faisait grief à l'arrêt de ne pas avoir déduit de l'indemnisation des salariés au titre de la nullité de leur licenciement, les indemnités de rupture indues du fait de l'annulation. En revanche, si l'employeur demande le remboursement des

des seuls licenciements, il semble vraisemblable que les départs volontaires prévus par le plan non homologué/validé (ou dont l'homologation/validation a été annulée par le juge administratif) seront également nuls comme le décidait la Cour de cassation en cas d'insuffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi soumis aux dispositions antérieures à la loi du 14 juin 2013¹, dispositions qui ne visaient déjà que la nullité des licenciements et non des autres modes de rupture.

784. Irrégularité des autres licenciements prononcés en l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi validé/homologué ou en cas d'annulation de la décision d'homologation/validation en raison de l'insuffisance du plan. Lorsque l'employeur est placé en redressement ou en liquidation judiciaire et qu'il prononce des licenciements sans avoir obtenu au préalable l'homologation/validation de son projet ou malgré une décision de refus, les ruptures sont irrégulières et les salariés peuvent saisir le conseil de prud'hommes qui leur allouera une indemnité d'un montant au moins égal à six mois de salaire². Il en va de même si la décision d'homologation/validation du projet a été annulée par le juge administratif à la stricte condition que le motif de l'annulation soit l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi³. Par ailleurs, les salariés licenciés alors qu'ils avaient moins de deux ans d'ancienneté, peu important que la rupture soit intervenue dans le cadre d'une procédure collective ou non, pourront seulement prétendre à l'indemnisation du préjudice subi lorsque l'employeur a rompu leur contrat sans que le projet de licenciement n'ait été homologué/validé par la DIRECCTE ou malgré le refus d'homologation/validation⁴. Il en ira de même si le juge administratif a annulé la décision d'homologation/validation en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi.

785. Responsabilité civile d'un tiers dont la faute a privé l'employeur de moyens pour financer le plan. Seul l'employeur est débiteur de l'obligation d'élaborer un plan de

sommes versées en exécution du plan de sauvegarde de l'emploi, les juges du fond devront les déduire des indemnités accordées au salarié (Cass. soc., 19 janv. 2010, n° 08-43.449, dans le quel la Cour de cassation approuve une Cour d'appel « qui a justement déduit de la base de calcul du préjudice du salarié le montant des allocations de chômage versées à l'intéressé et celui des indemnités qui lui avaient été allouées en exécution du plan social dont l'employeur demandait le remboursement ». ; en ce sens également, Cass. soc., 23 sept. 2014, n° 13-15.656, inédit.

¹ Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-26.414, à paraître au Bulletin, JCP E 2013, 1431, note S. BEAL et M. MARGUERITE ; JCP S 2013, 1361, note P. MORVAN.

² Art. L. 1233-58, C. trav.

³ Art. L. 1233-58, C. trav.

⁴ Art. L. 1235-14, 1°, C. trav.

sauvegarde de l'emploi proportionné aux moyens dont il dispose. Toutefois, lorsqu'il a été privé de moyens pour financer plan par la faute ou la légèreté blâmable d'une société tierce (société-mère/actionnaire unique), qui a pris des décisions qui lui étaient exclusivement profitables alors même qu'elles étaient dommageables à la société employeur dont elles avaient aggravé la situation économique déjà difficile concourant ainsi à sa déconfiture, cette société doit réparer le préjudice des salariés consistant en la perte d'une chance de bénéficier de mesures susceptibles de favoriser leur reclassement¹.

Il est intéressant de souligner, qu'en l'espèce, la société actionnaire unique a été condamnée alors même que la Cour de cassation a reconnu que le plan était suffisant au regard des moyens dont disposait l'employeur². Ainsi, même si l'employeur élabore un plan mobilisant l'ensemble des dispositifs de reclassement qu'il peut financer, les salariés auront droit à être indemnisés par la société tierce dont les fautes de gestion ont considérablement diminué, voire anéanti, les capacités contributives de l'employeur au plan et par conséquent réduit à peau de chagrin les actions de reclassement qui auraient pu faciliter leur réinsertion professionnelle. Dans la mesure où en l'espèce la Cour de cassation avait jugé le plan suffisant, il semble envisageable que cette solution soit maintenue sous l'empire de la loi du 14 juin 2013. En effet, alors même que la DIRECCTE aurait validé/homologué le projet de licenciement collectif élaboré par l'employeur et partant jugé le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi suffisant, sans remettre en cause la légalité de cette décision administrative, les salariés pourraient saisir le juge judiciaire pour qu'il condamne un tiers à réparer le préjudice résultant de la perte d'une chance de bénéficier d'un plan de sauvegarde

¹ Cass. soc., 8 juil. 2014, n° 13-15.845, inédit ; C. WILLMANN, « La Cour de cassation admet la réparation fondée sur la perte d'une chance, faute de financement suffisant du PSE », Lexbase hebdo, éd. soc., n° 581, du 4 sept. 2014, N° LXB : N3508BUH.

² En effet, la Cour de cassation a rendu trois arrêts le 8 juillet 2014 relatifs à la même affaire. En l'espèce, la société X qui fabriquait des sièges, a fait l'objet en 2005, d'une restructuration avec la fermeture de son site de Chaumont entraînant la suppression de cent-soixante-six emplois. Le 22 janvier 2008, les titres de la société ont été cédés à la société *Sofarec*, filiale créée par la société *GMS investissements*, son actionnaire unique. Après avoir été placée en de redressement judiciaire le 4 mai 2009, la société X a été placée en liquidation judiciaire le 19 avril 2010. Après avoir mis en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, le liquidateur a procédé au licenciement de la totalité des salariés le 30 avril 2010. Dans l'un des arrêts, la Cour de cassation approuve certes la Cour d'appel d'avoir condamné *in solidum* les sociétés *Sofarec* et *Financière GMS* à indemniser les salariés licenciés parce qu'elles avaient pris des décisions dommageables pour la société X, qui avaient aggravé sa situation, et dont la faute et légèreté blâmable, avaient concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résulté (Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15.573, à paraître au Bulletin, V. C. WILLMANN, art. préc.). Toutefois, si elle a également approuvé l'indemnisation au titre de la perte d'une chance de bénéficier de mesures de reclassement plus efficaces résultant des mêmes décisions fautives (Cass. soc., 8 juil. 2014, n° 13-15.845, préc.), elle n'en considère pas moins qu'après avoir relevé que « le plan de sauvegarde de l'emploi finalement arrêté, comportait des mesures concrètes et précises pour faciliter le reclassement du personnel dans l'entreprise et constaté l'absence de possibilités de reclassement dans les sociétés du groupe, la cour d'appel a pu décider que le plan de sauvegarde de l'emploi était en rapport avec la situation de l'entreprise et du groupe » (Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15.470, à paraître au Bulletin, V. C. WILLMANN, art. préc.)

de l'emploi contenant des mesures de nature à réellement favoriser leur reclassement professionnel, préjudice résultant des fautes de gestion du tiers ayant contribué à aggraver considérablement la situation de l'employeur et partant à limiter les moyens susceptibles d'être mobilisés pour financer le plan. Il convient tout de même d'attendre une confirmation par la Cour de cassation de la recevabilité d'une telle action.

Symbole de la responsabilité sociale de l'entreprise qui doit s'impliquer dans le reclassement des salariés dont l'emploi est menacé par la décision de restructuration arrêtée par sa direction, le plan de sauvegarde de l'emploi doit donc contenir des engagements précis et concrets de nature à réellement éviter les licenciements, à en limiter le nombre et à accroître les chances des salariés de retrouver au plus vite et dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle durable. Son contenu est donc soumis à un contrôle strict de la part de l'Administration du travail qui ne saurait homologuer/valider un projet de licenciement en présence d'un plan de sauvegarde de l'emploi ne concourant pas réellement à la réinsertion professionnelle des salariés au sein ou à l'extérieur de l'entreprise ou du groupe ou ne mobilisant pas l'ensemble des dispositifs tendant au reclassement interne et externe des salariés que l'employeur a les moyens d'en mettre en œuvre. La mise en œuvre du projet de licenciement est ainsi subordonnée à la validation/homologation administrative du projet de licenciement supposant un plan de sauvegarde de l'emploi remplissant les objectifs qui lui assignés par l'article L. 1233-61 du Code du travail.

§ 3 – La mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi.

786. Exécution du plan dans le respect de l'égalité de traitement. Dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur souscrit des engagements à l'égard des salariés menacés de licenciement et doit donc les respecter. Tous les salariés dont l'emploi est menacé par le projet de grand licenciement collectif dans le cadre duquel le plan a été élaboré peuvent prétendre au bénéfice des mesures qu'il contient. Ainsi, un salarié, intégré dans le projet de grand licenciement collectif, qui, grâce au point information conseil mis en place dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi, aurait accepté une offre de formation et d'engagement externe et qui, de ce fait, quitterait l'entreprise avant le prononcé de son licenciement devenu inéluctable, ne peut être privé du bénéfice des indemnités prévues pour compenser l'arrêt des activités industrielles¹.

Toutefois, l'employeur est libre de déterminer l'étendue des engagements qu'il souscrit dans le plan de sauvegarde de l'emploi et peut donc réserver le bénéfice d'une mesure du plan à certains salariés, à condition de respecter le principe de l'égalité de traitement. Ainsi, il est indispensable d'une part que les salariés placés dans la même situation au regard de l'avantage bénéficient d'un traitement identique et d'autre part que « *les règles d'octroi de l'avantage soient préalablement définies et contrôlables* »², afin que les salariés puissent savoir s'ils sont éligibles au dispositif, et que l'employeur ne puisse invoquer *a posteriori* une justification inexistante lors l'élaboration du plan. Toute différence de traitement résultant de l'octroi à certains salariés seulement d'un avantage contenu dans le plan doit donc être justifiée par des motifs objectifs et pertinents³. Ainsi, le versement d'une « allocation unique dégressive » prévue par le plan peut être réservé aux seuls salariés ne bénéficiant pas d'une retraite à taux plein qui ne sont pas placés dans la même situation que ceux qui peuvent y prétendre, l'objet de cet avantage étant de compenser la perte de revenu subie par les premiers

¹ Cass. soc., 11 juin 2008, n° 07-40.414, JCP S 23 sept. 2008, n° 39, 1495, note D. EVERAERT-DUMONT ; CSBP, 1er nov. 2008, n° 204, p. 346, obs. F.-J. PANSIER ; Dr. ouvrier 2008, note D. JOSEPH ; Cass. soc., 26 juin 2001, RJS 2001, n° 1125 ; Cass. soc., 7 juil. 2004, n° 02-42.120.

² Cass. soc., 18 janv. 2000, Dr. soc. 2000, p. 436, obs. C. RADÉ.

³ Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-45.356, SSL 1er juin 2009, n° 1402, p. 9, à propos d'une prime de reclassement et d'indemnités de licenciement majorées accordées à l'ensemble du personnel licencié, à l'exception de trois salariés pourtant licenciés dans les mêmes conditions, sans que les motifs de leur exclusion ne soient connus ou déterminables.

par rapport aux seconds¹. À l'inverse, le fait de travailler dans l'un des établissements distincts de l'entreprise n'est pas à lui seul un critère pertinent justifiant que le plan de sauvegarde de l'emploi réserve le bénéfice des mesures de départ volontaire aux seuls salariés de cet établissement puisque tous les établissements de l'entreprise sont susceptibles d'être concernés par des licenciements, si l'objectif de réduction des effectifs n'est pas atteint dans cet établissement².

Par ailleurs, si lors de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, une mesure est réservée à certains salariés placés, à cet instant, dans une situation distincte de celle du reste du personnel, mais qu'au moment de la mise en œuvre du plan tous les salariés sont dans la même situation au regard de l'avantage, la différence de traitement n'est plus justifiée et l'employeur doit donc offrir le bénéfice de la mesure à l'ensemble des salariés³. La Cour de cassation impose donc aux juges du fond de s'assurer de l'identité de traitement des salariés placés dans la même situation au regard d'un avantage, non seulement moment de l'adoption du plan, mais aussi lors de son exécution, notamment lorsque les prévisions du plan sont tenues en échec⁴.

Dès lors que les salariés sont compris dans l'effectif concerné par le projet de restructuration et qu'ils remplissent les conditions d'octroi d'un avantage, l'employeur ne saurait le leur refuser. À ce titre, un employeur qui a pris, dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi, l'engagement de proposer aux candidats dits « actifs » menacés de licenciement,

¹ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-43.640, inédit. De même, si la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait par principe justifier en elle-même, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération ; Cass. soc., 28 mars 2012, Bull. civ. V, n° 211 ; JCP S 2012, 1483, note R. CHISS.

² Cass. soc., 12 juil. 2010, Bull. civ. V, n° 166 ; JCP S 2010, 1505, obs. P. MORVAN ; G. AUZERO, "De la validité du plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises à structures complexes", Lexbase hebdo, éd. soc., N° LXB 7022BPR ; Rev. proc. coll. 2010, n° 5, comm. n° 190, F. TAQUET. De même, aucune raison objective ne justifie que des salariés soient privés d'un avantage de départ prévu par le plan, au seul motif qu'ils sont employés à temps partiel (Cass. soc., 10 nov. 1992, RJS 12/92, n° 1429 ; Dr. soc. 1993, p. 62 ; Cass. soc., 12 fév. 2003, Bull. civ. V, n° 51.)

³ Ainsi, un employeur avait réservé le versement d'une indemnité aux salariés âgés de 50 à 56 ans qui n'avaient pas retrouvé d'emploi un an après leur départ de la société ; tandis qu'était prévue pour les salariés âgés de plus de 56 ans le bénéfice d'une convention de préretraite conclue avec l'État. Les salariés de 50 à 56 ans ne pouvant bénéficier de la préretraite, ils étaient placés dans une situation distincte des salariés de plus de 56 ans, ce qui justifiait la différence de traitement. Toutefois, l'administration du travail ayant refusé de conclure la convention FNE, les salariés qu'ils aient plus ou moins de 56 ans étaient placés dans la même situation au regard de cette indemnité. Ainsi en refusant de condamner l'employeur à verser ladite indemnité à un salarié âgé de plus de 56 ans au motif que l'employeur n'avait souscrit aucun engagement de verser aux salariés de plus de 56 ans l'indemnité réservée aux salariés de 50 à 56 ans, « sans rechercher si en l'absence de signature de la convention FNE, le salarié ne se trouvait pas, peu important son âge, dans la même situation que les autres salariés licenciés pour motif économique au bénéfice desquels était prévu le versement de l'indemnité complémentaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » ; Cass. soc., 17 oct. 2007, JCP S, n° 51, 18 déc. 2007, 1984, comm. O. FARDOUX.).

⁴ En ce sens, Cass. soc., 10 juil. 2001, Bull. civ. V, n° 255.

un nombre déterminé d'offres valables d'emploi, ne saurait être libéré de cette obligation du seul fait qu'un salarié, candidat « actif », a trouvé un autre emploi¹. Lors de l'élaboration du plan l'employeur doit faire particulièrement attention à la rédaction des clauses et notamment à celles accordant des indemnités de rupture. S'il peut réserver une indemnité aux salariés licenciés, il doit l'énoncer clairement. Si tel n'est pas le cas, s'il prévoit des « indemnités de rupture » sans autre précision, ou des « indemnités réservées aux salariés licenciables » il sera contraint de les verser à tous les salariés qui quitteront l'entreprise dans le cadre du plan, peu important les modalités de la rupture de leur contrat².

Dès lors que l'employeur a prévu la mise en œuvre d'une mesure tendant à éviter les licenciements en réduire le nombre ou à accroître les chances de salariés de retrouver une activité professionnelle, il ne saurait se soustraire à son exécution. Ainsi, le retard de l'employeur à respecter l'engagement souscrit dans le plan, de solliciter la conclusion d'une convention FNE auprès des pouvoirs publics, constitue un manquement fautif entraînant un préjudice pour les salariés qu'il doit réparer³. De même, un employeur ne saurait laisser croire à un salarié que les financements nécessaires à la réalisation de son projet professionnel, prévus au titre des mesures d'aide aux départs volontaires par le plan, lui sont accordés et finalement lui notifier un refus fondé sur des motifs non établis⁴, il doit en effet mettre en œuvre les mesures prévues par le plan de bonne foi.

787. Obligation d'exécuter le plan de bonne foi. Il appartient à l'employeur de mettre en œuvre le plan de sauvegarde de l'emploi dans le respect des principes de bonne foi et de loyauté. À ce titre, l'employeur, qui « *dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi qu'il a établi, propose aux salariés des mesures de reclassement dans une autre entreprise, doit les informer loyalement des risques que peuvent présenter les emplois proposés* »⁵. En outre, agit avec légèreté blâmable l'employeur qui licencie un salarié

¹ Cass. soc., 19 fév. 2010, n° 08-44.316, RJS 2010, n° 326, 2^{ème} espèce. Il en va ainsi également du salarié déclaré inapte : l'employeur ne saurait, alors même qu'il remplissait les conditions prévues par le plan pour prétendre à l'allocation spéciale du FNE, le priver de cet avantage en le licenciant pour inaptitude physique alors qu'il faisait partie du personnel visé par le plan (Cass. soc., 23 fév. 1994, Bull. civ. V, n° 67). De même, l'adhésion à une convention de conversion prévue par le plan ne saurait priver le salarié du bénéfice des mesures prévues par ce dernier à l'exception de celles ayant le même objet (Cass. soc., 23 mai 2000, Bull. civ. V, n° 197.)

² En revanche, si les salariés quittent l'entreprise alors « *qu'ils n'appartenaient pas à la catégorie du personnel concerné par le dispositif de départs volontaires indemnités mis en œuvre dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi (...) leur départ ne leur ouvre pas droit aux indemnités conventionnelles de licenciement* », Cass. soc., 19 avr. 2005, RJS 2005, n° 940 ; Cass. soc. 9 nov. 2005, n° 03-46.087, inédit.

³ Cass. soc., 14 nov. 2001, Dr. soc. 2002, p. 117, obs. G. COUTURIER.

⁴ Cass. soc., 30 nov. 2004, n° 02-45.106, inédit.

⁵ Cass. soc., 6 juin 2007, n° 06-41.001, JCP S n° 36, 4 sept. 2007, 1647. En l'espèce, l'employeur avait encouragé un salarié dans son projet de reclassement externe auprès d'une société, sans lui communiquer l'information

trop tôt et le prive ainsi du bénéfice de la préretraite progressive prévue par le plan¹. Si la loi n'impose aucun délai de réflexion s'agissant des offres de reclassement contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi, dès lors que l'employeur en a prévu un, il ne peut licencier le salarié avant l'expiration de ce délai qui constitue une garantie de fond selon la Cour de cassation².

788. Prohibition de la subordination du bénéfice du plan à la conclusion d'une transaction et impossible substitution d'une indemnité transactionnelle aux mesures de reclassement. Le plan ayant pour but d'éviter ou de limiter les licenciements et de favoriser le reclassement des salariés dont le contrat sera inévitablement rompu, il contribue à l'effectivité du droit constitutionnel à l'emploi, et ne saurait dès lors subordonner le bénéfice des mesures qu'il prévoit à la conclusion d'une transaction. En effet, « *les conditions d'octroi d'un avantage résultant d'un plan de sauvegarde de l'emploi doivent être objectivement définies* », tel n'est pas le cas d'une « *disposition subordonnant le versement d'une indemnité prévue en faveur des salariés n'ayant pas bénéficié d'un reclassement interne à la conclusion d'une transaction individuelle* »³. Cette solution ne saurait surprendre en ce qu'elle s'inscrit dans la logique de la jurisprudence relative à la transaction relative à la rupture du contrat de travail. En effet, la Cour de cassation impose, de longue date, le respect d'une chronologie stricte en la matière : les dispositions d'ordre public relatives au licenciement impliquent que la négociation et la conclusion d'une transaction n'aient lieu qu'une fois la rupture du contrat intervenue et définitive⁴. Ce principe, qui ne connaît aucune dérogation, fait obstacle à ce qu'un accord collectif conclu en amont des licenciements impose aux salariés de choisir entre

relative à la situation très obérée de cette dernière, dont il avait connaissance, ce qui avait conduit le salarié à conclure un contrat de travail avec un employeur qui déposait son bilan sept jours plus tard.

¹ Cass. soc., 10 juil. 2001, Dr. soc. 2001, p. 1025, obs. G. COUTURIER. En l'espèce l'employeur s'engageait à solliciter la conclusion d'une convention préretraite progressive FNE pour faciliter la transformation des emplois à temps plein en emplois à temps partiel pour les salariés âgés de plus de 55 ans. Cette convention fut conclue le 1^{er} août 1995. La salariée avait demandé à en bénéficier le 27 février 1995 mais a été licenciée le 8 mars 1995, soit deux mois avant d'avoir atteint l'âge de 55 ans. Ce licenciement, intervenu trop tôt, l'a privée du bénéfice de la convention.

² Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-44.085, JCP E n° 35, 30 août 2007, 1036, note S. BEAL, JCP S n° 31, 31 juil. 2007, 1602, note L. DRAI.

³ Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-41.582, inédit ; Rev. proc. coll. 2011, n° 3, comm. 91, F. TAQUET ; avant cet arrêt la Cour de cassation avait déjà affirmé que « *la mise en œuvre d'un accord collectif [relatif au plan] dont les salariés tiennent leurs droits ne peut être subordonnée à la conclusion de contrats individuels de transaction* », Cass. soc., 5 avr. 2005, Dr. ouv. 2006 p. 38, note R. GOURDOL ; Dr. soc. 2005, p. 701, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc., 14 juin 2006, JCP S, n° 36, 5 sept. 2006, 1668, comm. A. CERMOLACCE ; Cass. soc., 12 juil. 2010, JCP S 2010, 1012, obs. A. MARTINON ; en ce sens également Cass. soc. 15 oct. 2013, n° 12-22.911, à paraître au Bulletin, Lettre d'actu. des proc. coll. civ. et comm. 2013, alerte 297, note L. FIN-LANGER.

⁴ Cass. soc., 29 mai 1996, Bull. civ. V, n° 215, GADT, 4^{ème} éd., n° 120 ; Cass. soc., 19 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 394 ; Cass. soc., 15 janv. 1997, Bull. civ. V, n° 22.

le bénéfice d'une indemnité de rupture et l'accès au prétoire pour contester leur licenciement. Cette indemnité prévue dans le cadre de l'accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi ou d'un accord conclu en marge du plan est une des modalités de la rupture et non une concession de l'employeur (indispensable à la qualification de transaction¹) destinée à prévenir un litige éventuel relatif au licenciement qui n'est pas encore intervenu. De surcroît, les syndicats n'ont pas le pouvoir de renoncer au droit fondamental d'agir en justice, droit personnel dont sont seuls titulaires les salariés à titre individuel². Ainsi, la mise en œuvre d'un accord collectif relatif dont les salariés tiennent leur droit ne pouvant être subordonnée à la conclusion de contrats individuels de transaction, ces contrats sont nuls, ce qui ne prive pas les salariés des avantages qu'ils tiennent de l'accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi³.

Non seulement la Cour de cassation interdit aux partenaires sociaux de subordonner le bénéfice de tout ou partie des mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan à la conclusion d'une transaction, mais elle considère de surcroît que le « *plan de sauvegarde de l'emploi ne peut prévoir la substitution des mesures qu'il comporte destinées à favoriser le reclassement, par une indemnisation subordonnée à la conclusion d'une transaction emportant renonciation à toute contestation ultérieure de ces mesures* »⁴. Cette solution ne peut qu'être approuvée dans la mesure où l'accord transactionnel signé par le salarié après son licenciement « *emportait renonciation au plan de sauvegarde de l'emploi* »⁵. Retenir la position inverse eût été en contradiction avec l'esprit des textes relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi. En effet, autoriser le versement d'une indemnité se substituant au bénéfice des mesures de reclassement encouragerait les salariés à renoncer aux dispositifs de nature à favoriser leur réinsertion professionnelle (aide à la mobilité, aide à la formation, prime à l'embauche et allocation temporaire dégressive en l'espèce) pour obtenir une indemnité financière (9 300 euros en l'espèce) ne concourant nullement à accroître leurs chances de retrouver une activité professionnelle, finalité ultime du plan. Dans une certaine mesure reconnaître à l'employeur la faculté de prévoir une indemnisation en contrepartie de la renonciation aux mesures de reclassement prévues par le plan, revient à lui permettre de se libérer de l'obligation de reclassement en la « monnayant » alors même qu'elle participe à la

¹ En ce sens, F. CHAMPEAUX, SSL, 18 avr. 2005, n° 1211, p. 12 ; Liaisons soc., jurispr., n° 905, du 25 avr. 2005.

² A. MARTINON, obs. préc. ; L. FIN-LANGER, note préc.

³ Cass. soc. 15 oct. 2013, n° 12-22.911, à paraître au Bulletin, Lettre d'actu. des proc. coll. civ. et comm. 2013, alerte 297, note L. FIN-LANGER.

⁴ Cass. soc., 20 nov. 2007, Bull. civ. V, n° 195 ; Dr. soc. 2008, page 252, obs. G. COUTURIER ; JCP S 2008, 1151, note F. DUMONT ; RDT 2008, page 101, note A. FABRE.

⁵ Cass. soc., 20 nov. 2007, préc.

mise en œuvre effective du droit constitutionnel à l'emploi. Au même titre qu'un plan de sauvegarde de l'emploi qui ne comporterait que des mesures financières, ou des « chèques-valise » ne répond pas à aux exigences légales, la clause d'un plan qui prévoit la possible substitution d'une indemnité en lieu et place des mesures ayant un effet positif sur l'emploi est illégale.

L'employeur doit donc exécuter loyalement le plan de sauvegarde de l'emploi et ne peut conditionner le bénéfice d'une de ses mesures à la conclusion d'une transaction, ni offrir aux salariés le choix entre le bénéfice de dispositifs tendant à accroître leurs chances de retrouver une activité professionnelle et l'octroi d'une indemnité transactionnelle. Si l'employeur ne met pas en œuvre de bonne foi les engagements qu'il a souscrits dans le plan de sauvegarde de l'emploi, il sera sanctionné.

789. Sanctions de l'inexécution du plan de sauvegarde de l'emploi. Si l'employeur ne met pas en œuvre les mesures prévues par le plan, les salariés peuvent saisir le conseil de prud'hommes pour qu'il lui ordonne de verser l'indemnité prévue par le plan s'il a manqué à une obligation de verser une somme d'argent¹, ou qu'il le condamne à indemniser le préjudice subi du fait de l'inexécution d'une obligation de faire².

Lorsque l'obligation méconnue aurait dû être exécutée avant le licenciement, en ce qu'elle offrait une alternative à ce dernier et participait à ce titre à l'obligation de reclassement, les juges considéreront que le licenciement du salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse. En effet, « *le plan de reclassement intégré au plan [de sauvegarde de l'emploi] (...) a pour objet, (...), d'assurer l'obligation de reclassement de l'employeur, qu'en ne respectant pas les engagements pris dans ce plan, l'employeur viole nécessairement l'obligation de reclassement et le licenciement du salarié, victime de cette violation, se trouve de ce fait dépourvu de cause réelle et sérieuse* »³. Si l'obligation de reclassement préalable au

¹ Cass. soc., 10 nov. 1992, RJS 12/92, n° 1429, préc. ; Cass. soc., 26 juin 2001, RJS 2001, n° 1125, préc. ; Cass. soc., 7 juil. 2004, n° 02-42.120, inédit ; Cass. soc., 11 juin 2008, n° 07-40.414, JCP S 2008, n° 39, 1495, note D. EVERAERT-DUMONT ; CSBP, 1^{er} nov. 2008, n° 204, p. 346, obs. F.-J. PANSIER, préc.

² L'article 1142 du Code civil dispose en effet que les obligations de faire se résolvent en dommages et intérêts.

³ Cass. soc., 6 juin 2000, *Société Ronéo*, Dr. soc. 2000, p. 1032, obs. G. COUTURIER ; RJS 2000, n° 786 ; D. 2000, IR, p. 182 L'employeur avait, en l'espèce, méconnu l'engagement pris dans le plan de transformer des emplois à temps plein en emplois à temps partiel ce qui aurait permis de favoriser des reclassements et de limiter les licenciements ; Cass. soc., 12 déc. 1995, Dr. soc. 1996, p. 199, obs. F. FAVENNEC ; De même, l'employeur qui ne donne pas sérieusement suite à la proposition de salariés volontaires pour travailler à temps partiel, qui aurait permis l'application de l'une des mesures prévues dans le plan social afin de limiter les licenciements, commet une faute causant aux salariés licenciés un préjudice résultant de la perte d'une chance de conserver leur

licenciement prévue à l'article L. 1233-4 du Code du travail se distingue de l'obligation d'établir un plan de reclassement s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi, la méconnaissance des mesures du plan destinées à éviter les licenciements n'en constitue pas moins un manquement à l'obligation de reclassement sanctionné par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. L'exécution des mesures de reclassement interne prévues par le plan contribue au respect par l'employeur de son obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique, lequel ne doit intervenir qu'en ultime recours.

En revanche, lorsque l'employeur n'a pas respecté un engagement pris dans un plan de sauvegarde de l'emploi qui devait être mis en œuvre une fois le licenciement notifié, comme par exemple l'assistance à la création d'entreprise¹, ce manquement ne mettant pas en cause la réalité et le sérieux de la rupture que la mesure en cause n'aurait pas permis d'éviter, l'employeur sera condamné à réparer le préjudice subi par le salarié. Ainsi, si un plan de sauvegarde de l'emploi prévoit que seront faites des « offres valables d'emploi » destinées à « assurer la reconversion professionnelle des salariés, hors de l'entreprise et hors du groupe, après leur licenciement, l'inobservation de ce dispositif par l'employeur [n'est] pas de nature à caractériser un manquement à son obligation de reclassement préalable de licenciement »².

790. Suivi de la mise en œuvre du plan. Le plan de sauvegarde de l'emploi doit fixer les modalités de suivi de sa mise en œuvre qui doit faire l'objet d'une consultation régulière des représentants du personnel dont les avis doivent, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013³, être transmis à l'autorité administrative⁴.

Par ailleurs, le législateur de 2013 a souhaité conférer à l'Administration du travail un rôle plus important dans le suivi de l'exécution du plan auquel elle n'était jusqu'alors qu'« associée ». Désormais, non seulement l'employeur doit lui adresser les avis des

emploi (Cass. soc., 6 mai 1998, *Eternit*, Bull. civ. V, n° 231 ; Cass. soc., 16 déc. 1998, Dr. soc. 1999, p. 196, obs. F. GAUDU).

³ F. GÉA : « Le plan social : un acte normateur », D. 2000, p. 550.

¹ Cass. soc., 12 juin 2001, Dr. soc. 2001, p. 897, obs. G. COUTURIER. De même, un employeur qui, pour inciter les salariés aux départs volontaires, prévoit dans le plan le bénéfice du régime de retraite interne à l'entreprise assorti d'une allocation complémentaire de retraite destinée à leur assurer une garantie de ressources en rapport avec leur rémunération de leur dernière année d'activité et à leur permettre de continuer à acquérir des droits à la retraite jusqu'à 65 ans, et qui à ce titre prend un engagement ferme, ne peut cesser le versement de la bonification quand les salariés ont atteint l'âge de 60 ans. Dans la mesure où l'employeur n'avait pas subordonné son engagement à la condition que la réglementation relative à l'âge de la retraite demeure immuable, le fait que l'âge de la retraite soit abaissé à 60 ans ne libère pas de son engagement et dès lors il cause un préjudice au salarié en cessant le versement de la bonification, en ce sens Cass. soc., 23 fév. 1994, préc.

² Cass. soc., 21 nov. 2006, Dr. soc. 2007, p. 114, obs. G. COUTURIER.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ Art. L. 1233-63, C. trav.

représentants du personnel sur l'exécution du plan de sauvegarde de l'emploi, mais il doit en outre lui adresser le bilan de l'exécution des mesures prévues par le plan dans un délai d'un mois à compter de la fin de la mise en œuvre des contrats de sécurisation professionnelle ou des congés de reclassement¹. Ainsi, un mois après la survenance du terme de ces mesures de reclassement externe², l'employeur doit établir un document indiquant le nombre de mobilités/reclassements internes qui ont eu lieu dans l'entreprise, l'UES ou le groupe, les modalités de rupture des contrats en précisant le nombre de départs volontaires effectués dans le cadre du plan et de salariés licenciés pour motif économique en distinguant les salariés âgés de plus ou moins 57 ans. Ce document doit également exposer le nombre d'adhésions au contrat de sécurisation professionnelle ou au congé de reclassement, et lister les mesures d'accompagnement à la mobilité externe dont le bénéfice a été proposé aux salariés : une antenne emploi/cellule de reclassement chargée d'accompagner les salariés a-t-elle, ou non, été mise en place et si oui combien de personnes en ont bénéficié ? De même, il appartient à l'employeur d'indiquer le nombre de personnes qui ont suivi une action de formation ou de validation des acquis de l'expérience, qui ont bénéficié d'aides à la création/reprise d'entreprise, d'aides à la mobilité géographique ou de l'allocation temporaire dégressive/indemnité complémentaire en cas de reclassement dans un emploi moins rémunéré. Surtout, l'employeur doit dresser le bilan de l'efficacité des mesures qui ont été mises en œuvre dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi en portant à la connaissance de l'Administration du travail la situation professionnelle des salariés un an après la perte de leur emploi³.

L'Administration du travail joue donc un rôle essentiel de l'élaboration du plan à l'achèvement de sa mise en œuvre ce qui offre ainsi aux pouvoirs publics la faculté de s'assurer que les salariés menacés de perdre leur emploi dans le cadre d'une restructuration bénéficient effectivement d'un accompagnement leur permettant soit de conserver un emploi

¹ Art. L. 1233-63 et D. 1233-14-4, C. trav. L'arrêté du 3 mai 2014 détaille le contenu de ce bilan Arrêté du 3 avril 2014 précisant le contenu du bilan de la mise en œuvre effective du plan de sauvegarde de l'emploi, JO du 2 mai 2014, p. 7573 ; JCP S 2014, act. 183.

² Le congé de reclassement (applicable dans les entreprises *in bonis* de mille salariés au moins ou appartenant à un groupe dont l'effectif total franchit ce seuil, art. L. 1233-71, C. trav.) et le contrat de sécurisation professionnelle (réservé aux autres entreprises, art. L. 1233-66, C. trav.) ont une durée maximale de douze mois (sur le contrat de sécurisation professionnelle et sur le congé de reclassement section suivante). Le bilan devra donc être établi treize mois après le jour où l'employeur aura reçu la dernière acceptation par un salarié menacé de licenciement de l'un ou l'autre de ces dispositifs.

³ Le document doit ainsi préciser combien de personnes ont conclu un CDI, ont créé/repris une entreprise, ont conclu un CDD ou un contrat de travail temporaire (en distinguant les contrats de plus ou moins six mois). De surcroît doit figurer dans ce document le nombre de personne qui à l'issue de l'exécution du plan suivent une formation, sont à la retraite ou bénéficient d'une préretraite d'entreprise et surtout le nombre de personnes qui sont toujours à la recherche d'un emploi. A. du 3 mai 2014, préc.

dans l'entreprise ou le groupe grâce au recours à l'activité partielle ou à des mesures de mobilité et/ou des actions de formation, soit d'être en mesure de retrouver rapidement une activité professionnelle grâce à des aides à la création/reprise d'entreprise, aux prestations d'un cabinet d'*outplacement* ou à des actions de formation tendant à développer leur employabilité. Initiateur du projet de destruction d'emplois, l'employeur doit assumer sa responsabilité sociale et mettre en œuvre toutes les alternatives au licenciement ou au chômage possibles, à proportion des moyens dont il dispose. À défaut, son projet de licenciement ne sera pas validé/homologué par la DIRECCTE (ou la décision d'homologation/validation sera susceptible d'être annulée par le juge administratif du fait de l'insuffisance du plan) et l'employeur ne pourra valablement prononcer les ruptures licenciements qui seront alors nuls ou irréguliers selon les circonstances.

Si l'obligation d'élaborer et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi ne pèse que sur les entreprises employant au moins cinquante salariés projetant un grand licenciement collectif, tout projet de licenciement économique, quelles que soient son ampleur ou la taille de l'entreprise, impose à l'employeur d'offrir aux salariés dont l'emploi est menacé d'autres mesures sociales d'accompagnement qui peuvent, lorsque le plan est obligatoire, y être intégrées.

Section II – Les autres mesures sociales d’accompagnement des salariés menacés de licenciement.

791. À défaut de pouvoir agir sur la décision de restructuration destructrice d’emplois ressortant de la liberté d’entreprendre de l’employeur, le droit social impose la mise en œuvre de dispositifs accompagnant les salariés menacés de perdre leur emploi dans le cadre de l’opération. Des mesures de nature très diverses sont ainsi prévues aux fins d’atténuer l’impact néfaste de la restructuration sur l’emploi qu’il s’agisse de permettre à l’entreprise qui connaît des difficultés de réduire le temps de travail en recourant à l’activité partielle afin de préserver l’emploi des salariés qui, pendant cette réduction temporaire de leur activité, seront indemnisés et pourront suivre des formations leur permettant de développer leur employabilité, ou d’offrir aux salariés licenciés un accompagnement renforcé dans la recherche d’une activité professionnelle grâce au contrat de sécurisation professionnelle ou aux congés de reclassement ou de mobilité.

Certaines mesures d’accompagnement des salariés leur sont offertes à titre individuel. C’est par exemple le cas du contrat de sécurisation professionnelle ou du congé de reclassement ou de mobilité ou encore de la priorité de réembauche, seule mesure sociale d’accompagnement offerte à tous les salariés dont le contrat est rompu pour un motif économique peu important leur ancienneté, la taille de l’entreprise, l’ampleur du projet de licenciement, etc. (§ 1). D’autres dispositifs, impliquant une participation, au moins financière, des pouvoirs publics, sont destinés à préserver l’emploi ou à favoriser la reprise d’une activité professionnelle d’une collectivité de travailleurs, c’est le cas du recours à l’activité partielle ou de la mobilisation du Fonds national pour l’emploi ou du Fonds européen d’ajustement à la mondialisation destinés à prendre en charge, au moins partiellement, des actions permettant d’accroître les chances des salariés de retrouver une activité professionnelle stable (§ 2). Enfin, si l’entreprise projette une restructuration dont les répercussions peuvent bouleverser l’équilibre économique et social du bassin d’emploi dans lequel elle est implantée, l’entreprise doit assumer sa responsabilité territoriale et s’engager à mettre en œuvre des actions de revitalisation du bassin affecté par sa décision de licenciement massif (§ 3).

§ 1 – Les dispositifs d’accompagnement individuel des salariés licenciés pour motif économique.

Privés d’emploi à la suite d’une restructuration de leur entreprise, les salariés licenciés pour motif économique bénéficient d’un accompagnement renforcé afin d’accroître leurs chances de retrouver une activité professionnelle salariée ou non. Le droit social a ainsi instauré divers dispositifs tendant à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés licenciés à la suite de la restructuration de l’entreprise.

À ce titre, tous les salariés dont le contrat de travail est rompu pour un motif économique bénéficient d’une priorité de réembauche dans l’entreprise restructurée qui les a licenciés. Née sous la plume des partenaires sociaux dans l’accord national interprofessionnel du 10 février 1969¹, reprise dans l’accord du 25 avril 1973², il aura fallu attendre la loi du 2 août 1989 pour que la priorité de réembauche fasse son entrée dans le Code du travail³. Cette priorité offre aux salariés licenciés pour motif économique un « droit de retour » dans l’entreprise dans laquelle ils travaillaient avant que l’employeur ne rompe leur contrat, lequel doit, avant tout recrutement extérieur, leur proposer les emplois disponibles correspondant à leur qualification. Cette priorité ne constitue pas à proprement parler un accompagnement des salariés licenciés pour motif économique puisque, si elle leur octroie un droit de retour dans l’entreprise, elle ne s’accompagne du bénéfice d’aucune mesure tendant à accroître leurs chances de retrouver un emploi, telles que des actions de formation ou des mesures de soutien à la recherche d’emploi ou à la création d’entreprise.

Les enjeux de la réinsertion professionnelle des salariés licenciés pour motif économique sur un marché du travail en crise ont amené les partenaires sociaux et le législateur à élaborer, en quelques décennies, plusieurs dispositifs tendant à favoriser leur reclassement professionnel dans une activité professionnelle durable. À ce titre, depuis plus de vingt-cinq ans se sont succédées des mesures sociales d’accompagnement fondées peu ou prou sur le même principe : permettre aux salariés adhérents de percevoir un revenu de

¹ ANI du 10 février 1969, sur la sécurité de l’emploi.

² ANI du 25 avril 1973 sur les problèmes généraux de l’emploi.

³ Loi n° 89-549, du 2 août 1989, modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JORF du 8 août 1989, p. 9954.

remplacement au moins équivalent à celui qu'ils auraient perçu au titre du chômage, en leur offrant le bénéfice d'actions de formation et d'aides personnalisées au reclassement.

Tel était ainsi le principe de la convention de conversion instaurée en 1987 qui, près de vingt ans après, inspira¹ le législateur de 2005 lorsqu'il créa la convention de reclassement personnalisée dont l'objet était d'offrir aux salariés des entreprises de moins de mille salariés un accompagnement personnalisé dans la perspective d'un reclassement rapide, et qui se substituait au pré-PARE instauré en 2002², dispositif jugé inefficace et trop coûteux par la majorité en place³.

Un an après son instauration, la convention de reclassement personnalisé fut remplacée, à titre expérimental et dans certains bassins d'emploi, par le contrat de transition professionnelle dont le champ d'application tant géographique que temporel n'a cessé de s'étendre au fil de nombreux arrêtés⁴. Ce dispositif organisait ainsi un parcours de transition professionnelle permettant au salarié licencié pour motif économique de bénéficier de mesures d'accompagnement et de périodes de formation. Surtout, à la différence de la convention de reclassement personnalisé, le parcours de transition professionnelle pouvait comporter des périodes de travail ce qui constituait une innovation de taille. Les résultats du contrat de transition professionnelle en termes de reclassement étant supérieurs à ceux de la convention de reclassement personnalisé⁵, une proposition de loi envisagea de le généraliser

¹ Convention du 6 janvier 1987 relative à l'assurance conversion ; Arrêté du 6 mars 1987 relatif aux conventions de conversions, JO du 28 mars 1987, p. 3491 ; Arrêté du 4 avril 1987 portant agrément de la convention du 6 janvier 1987 relative à l'assurance conversion et du règlement annexe à cette convention, JO du 3 mai 1987, p. 4933 ; Pour des développements relatifs aux conventions de conversion V. P. COURSIER, « Conventions de conversion et rupture amiable : chronique d'un revirement annoncé », Dr. Trav. 1992, n° 4, p. 1 ; J.-P. DOMERGUE, « La convention de conversion », Dr. soc. 1987, p. 250 ; P. ENCLOS, « Contestation du motif économique de licenciement après acceptation d'une convention de conversion », RJS 1992, p. 453, M. MANIN et M. SCHEIDT, « Le salarié et la convention de conversion », RPDS 1996, p. 275 ; M. MORAND, « La rupture du contrat de travail lors de l'acceptation d'une convention de conversion », Dr. Trav. 1995, n° 10, p. 1, JCP E 1994, I, 400 ; P.-H. ANTONMATTEI, « La convention de conversion », Gaz. pal., 6 fév. 1997, p. 175.

² Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, préc.

³ Loi n° 2005-32, du 18 janv. 2005, préc. En effet, entre la survenance du terme de la convention d'assurance chômage à laquelle se rattachaient les conventions de conversion le 1^{er} juillet 2001 et l'abrogation du dispositif par l'ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a institué dans les entreprises de moins de mille salariés le « pré-PARE », abrogé en 2005.

⁴ L'ordonnance du 13 avril 2006 (Ordon. n° 2006-433, du 13 avr. 2006, relative à l'expérimentation du contrat de transition professionnelle (JO du 14 avr. 2006 p. 5600), ratifiée par la loi n° 2006-1770, du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JO du 31 décembre 2006, p. 20210.) et le décret du lendemain (D. n° 2006-440, du 14 avril 2006, pris pour l'application de l'ordonnance n° 2006-433 du 13 avril 2006 relative au contrat de transition professionnelle, JO du 15 avril 2006, p. 5710.) ont défini les modalités de mise en place de ce contrat à titre expérimental pour les procédures de licenciement engagées entre le 15 avril 2006 et le 1^{er} mars 2007 dans 7 bassins d'emploi (Charleville-Mézières, Montbéliard, Morlaix, Saint-Dié-des-Vosges, Toulon, Vitry, et Valenciennes). Par la suite, le dispositif du contrat de transition professionnelle n'a cessé d'être étendu tant géographiquement que temporellement. Sur cette extension progressive, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 744.

⁵ Ainsi, selon une enquête de la DARES, réalisée auprès de salariés licenciés pour motif économique au second semestre 2006, 60 % de ceux qui ont bénéficié d'un contrat de transition professionnelle et 55 % de ceux ayant souscrit une convention de reclassement personnalisé occupaient un emploi stable 13 à 18 mois plus tard, contre 46% de ceux à qui ces dispositifs n'ont pas été proposés. DARES, PIPS, nov. 2009, 43.3 ; V. également P.

et de le pérenniser mais elle ne fut jamais adoptée. Il aura donc fallu attendre l'instauration du contrat de sécurisation professionnelle par la loi du 28 juillet 2011, reprenant l'ANI du 31 mai précédent, pour que tous les salariés licenciés pour motif économique par une entreprise de moins de mille salariés bénéficient du même accompagnement dans le retour à l'emploi¹. Le contrat de sécurisation professionnelle, à l'instar de ses prédécesseurs, repose sur la même philosophie que celle qui animait les conventions de conversion : offrir au salarié dont le contrat a été rompu pour un motif économique un accompagnement renforcé, pour favoriser une réinsertion rapide et durable dans l'emploi, assorti d'une indemnisation au moins égale à celle à laquelle il aurait pu prétendre au titre de l'allocation d'aide au retour à l'emploi. La filiation entre les différentes mesures qui se sont succédées est également visible au regard de leur modalités de financement : le contrat de sécurisation professionnelle, tout comme les dispositifs antérieurs, est ainsi cofinancé par une contribution des entreprises, de l'État et de l'UNEDIC.

Lorsqu'en 2002 la loi de modernisation sociale intervint pour pallier l'absence de dispositif d'accompagnement spécifique dédié aux salariés licenciés pour motif économique qui ne pouvaient plus bénéficier des conventions de conversion depuis le 1^{er} juillet 2001, elle instaura deux dispositifs distincts selon la taille de l'entreprise mettant en œuvre la restructuration destructrice d'emplois². Le pré-PARE fut ainsi réservé aux entreprises dont les moyens étaient les plus limités du fait de leur taille relativement petite ou de l'ouverture d'une procédure collective à leur encontre ; ce dispositif était cofinancé par l'État, l'UNEDIC et à très faible proportion par l'entreprise. À l'inverse, le législateur de 2002 décida que les entreprises de mille salariés au moins ou intégrant un groupe franchissant cet effectif devaient assumer seules le coût de l'accompagnement des salariés menacés de licenciements pour motif économique³. Il instaura ainsi le congé de reclassement toujours en vigueur à l'heure

DOLE, *Le contrat de transition professionnelle et la convention de reclassement personnalisée : évaluation d'une approche systémique de l'accompagnement pour le retour durable à l'emploi des personnes licenciées pour motif économique*, rapport établi en mai 2010 pour l'inspection générale des affaires sociales, RM2010-063P.

¹ Loi n° 2011-893, du 28 juil. 2011, pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, JO du 29 juil. 2011, p. 12914. À l'instar de la convention de reclassement personnalisé et des conventions de conversion, le régime juridique du contrat de sécurisation professionnelle a été élaboré par les partenaires sociaux dans l'ANI du 31 mai 2011, qui ont défini ses modalités d'application dans la convention UNEDIC du 19 juillet 2011 agréée par arrêté du 6 octobre 2011 (Arrêté du 6 octobre 2011 relatif à l'agrément de la convention du 19 juillet 2011 relative au contrat de sécurisation professionnelle, JO du 21 oct. 2011, p. 17842). L'avenant 4 à la convention du 19 juillet 2011 conclu le 22 mars 2014 prolonge son application jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2014. Cet avenant a été agréé par l'arrêté du 23 juillet 2014, Arrêté du 23 juillet 2014 relatif à l'agrément de l'avenant n° 4 à la convention du 19 juillet 2011 relative au contrat de sécurisation professionnelle, JO du 7 août 2014, p. 13233 ; V. circ. UNEDIC, n° 2014-23, du 3 sept. 2014.

² Loi n° 2002-73, du 17 janvier 2002, préc.

³ Loi n° 2002-73, du 17 janvier 2002, préc.

actuelle même si, au fil des ans, son régime a connu des évolutions. À la différence des conventions de reclassement personnalisé, contrats de transition professionnelle et contrat de sécurisation professionnelle, l'organisation de ce congé est définie par l'entreprise qui détermine les actions d'accompagnement dont peuvent bénéficier les salariés licenciés pour motif économique afin de faciliter leur réinsertion sur le marché du travail. De même, à la différence des autres dispositifs, son financement repose intégralement sur l'entreprise, qu'il s'agisse de la rémunération du salarié en congé de reclassement ou du coût des actions d'accompagnement dont il bénéficie.

Si la loi du 30 décembre 2006 a apporté quelques modifications au congé de reclassement, elle a surtout créé la possibilité pour les entreprises ayant conclu un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, de proposer en lieu et place de ce dispositif un congé de mobilité, dont l'originalité à l'époque était d'autoriser le salarié à accomplir des périodes de travail dans ce cadre sans en perdre le bénéfice, le congé étant simplement « suspendu » pendant l'exécution des période de travail¹.

Les salariés licenciés pour motif économique bénéficient donc de mesures spécifiques d'accompagnement afin d'accroître leurs chances de retrouver un emploi après la rupture de leur contrat décidée pour un motif non inhérent à leur personne dans la cadre de la restructuration de leur entreprise. Si tous les salariés dont le contrat a été rompu pour un motif économique bénéficient d'une priorité de réembauche dans l'entreprise restructurée (A), seuls les salariés des entreprises les plus petites ou de celle soumises à une procédure collective peuvent prétendre au bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle (B), les autres pouvant bénéficier de mesures de soutien à leur réinsertion professionnelle dans le cadre d'un congé de reclassement ou de mobilité (C).

¹ Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JO du 31 décembre 2006, p. 20210.

792. L'article L. 1233-45 du Code du travail prévoit que le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat. L'employeur qui prononce un licenciement pour motif économique voit donc sa liberté contractuelle ultérieurement restreinte par cette priorité qui lui impose un cocontractant s'il procède à un recrutement susceptible d'être proposé à un des salariés licenciés pour motif économique. L'atteinte portée à la liberté de choisir ses collaborateurs, corollaire de la liberté d'entreprendre, trouve sa justification dans le souci de permettre au salarié, dont le contrat a été rompu pour un motif non inhérent à sa personne, de réintégrer la collectivité de travail dont il faisait partie, si la situation de l'entreprise s'améliore. Il bénéficie ainsi d'une priorité avant tout de recrutement extérieur en cas d'embauche dans l'entreprise sur un poste correspondant à sa qualification.

793. Champ d'application. Tous les employeurs qui prononcent un licenciement pour motif économique, quelle qu'en soit l'ampleur, sont soumis à l'obligation d'offrir aux salariés licenciés une priorité de réembauche, peu important la taille de leur entreprise ou le fait qu'une procédure collective soit ouverte à son encontre¹. Ils sont tenus de proposer le bénéfice de la priorité y compris si l'entreprise cesse définitivement son activité² ou si elle est placée en liquidation judiciaire³. L'article L. 1233-16 du Code du travail enjoint ainsi à l'employeur de mentionner dans la lettre de rupture le droit pour le salarié de bénéficier de cette priorité ainsi que ses conditions d'exercice. L'omission de cette mention dans la lettre de rupture ne saurait être régularisée par une information ultérieure⁴ ; elle cause nécessairement un préjudice au salarié que le juge apprécie souverainement⁵. Si l'absence de mention de la priorité de réembauche dans la lettre de rupture a empêché le salarié d'en bénéficier, il aura

¹ Cass. soc., 28 mars 2000, Gaz. pal., 2000, somm. p. 1765, note F. DUMONT, Gaz. pal. 29 janv. 2002, n° 29, p. 41. ; Cass. soc., 9 juil. 2008, n° 06-40.945, Gaz. pal., 22 janv. 2009, n° 22, p. 47, note B. SAINTOURENS, CSBP 1^{er} déc. 2008, n° 205, p. 396, obs. F.-J. PANSIER.

² Cass. soc., 2 mars 2004, n° 02-41.931, Rec. Dalloz 2004, p. 733.

³ Cass. soc., 15 juin 2004, n° 02-40.178, inédit.

⁴ Cass. soc., 30 mars 1993, préc.

⁵ Cass. soc., 30 mars 1993, n° 91-42.266, inédit ; Cass. soc., 28 juin 2000, Gaz. pal. 12 oct. 2000, n° 286, p. 13. L'absence de mention dans la lettre de rupture du droit à la priorité de réembauche donne lieu à l'allocation de dommages et intérêts aux salariés y compris lorsque l'entreprise a cessé définitivement toute activité (Cass. soc., 16 mars 2004, CSBP 2004, n° 161, p. 280, obs. C. CHARBONNEAU) ou qu'elle a été placée en liquidation judiciaire (Cass. soc., 15 juin 2004, n° 02-40.178, inédit.)

droit de surcroît à l'indemnité d'au moins deux mois de salaire prévue à l'article L. 1235-13 du Code du travail en cas de violation de la priorité.

Tous les salariés dont le contrat a été rompu pour un motif économique, quels que soient leur ancienneté ou le mode de rupture de leur contrat, bénéficient d'une priorité de réembauche. Si l'article L. 1233-45 du Code du travail semble réserver le bénéfice de la priorité aux seuls salariés licenciés, la combinaison de ce texte avec l'article L. 1233-3, alinéa 2, dudit code élargit le champ d'application de la priorité à « *toute rupture* » prononcée pour un motif économique¹. Ainsi, le salarié dont le contrat est rompu pour motif économique par exemple à la suite de l'acceptation d'un contrat de sécurisation professionnelle² ou d'un départ volontaire³, peut invoquer le bénéfice de la priorité de réembauche. Par ailleurs, l'absence de cause réelle et sérieuse de la rupture, qui ne remet pas en cause la qualification de licenciement économique, ne saurait priver le salarié du bénéfice de la priorité⁴, pas plus que le fait qu'il ait retrouvé un travail⁵.

794. *Nécessaire manifestation de volonté du salarié de bénéficier de la priorité.*

Lorsqu'il s'apprête à procéder à un recrutement, l'employeur n'est tenu de respecter la priorité de réembauche qu'à la condition que le salarié ait manifesté la volonté d'en bénéficier dans le délai d'un an visé à l'article L. 1223-45 du Code du travail. À défaut, le salarié ne peut se prévaloir de son inobservation⁶. Son silence équivaut en quelque sorte à la renonciation au bénéfice de cette dernière. La demande du bénéfice de la priorité peut être présentée spontanément par le salarié ou en réponse à une sollicitation de l'employeur, pourvu qu'elle soit explicite⁷. Si aucun formalisme n'est exigé, il est préférable de privilégier l'écrit afin de se réserver une preuve en cas de litige.

¹ À l'exception de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et s.

² Cass. soc., 27 oct. 1999, D. 1999, IR 265. Cette arrêt a été rendu à propos d'un salarié ayant accepté une convention de conversion, mais cette solution semble transposable au contrat de sécurisation professionnelle.

³ Cass. soc., 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 202, D. 1999, IR. 157 ; RJS 1999, p. 492, n° 791 ; Dr. soc. 1999, p. 736, obs. B. GAURIAU, JCP E 1999, p. 1972, note F. DUQUESNE ; Cass. soc., 13 sept. 2005, Dr. soc. 2005, p. 1059, obs. G. COUTURIER, SSL 2005, n° 1229, p. 12. Pour une critique de cette jurisprudence V. F. DUQUESNE, note sous Cass. soc., 10 mai 1999, préc. et D. CORRIGNAN-CARSIN, « Licenciement économique et priorité de réembauchage. Actualité jurisprudentielle », RJS 2000, p. 783.

⁴ Cass. soc., 13 avr. 1999, Bull. civ. V n°171, RJS 5/99, n° 711 ; Dr. soc. 1999, p. 638, obs. G. COUTURIER ; JCP G , II, 10153, note M. ROUSSEAU ; SSL 10 mai 1999, n° 933, p. 10 ; Cass. soc., 31 mai 1999, UIMM, jurispr. soc. n° 99630, p. 304 ; Cass. soc., 30 nov. 1999, Bull. civ. V, n° 464.

⁵ Cass. soc., 21 nov. 1990, D. 1990, IR 297 ; Cass. soc., 26 janv. 1994, Bull. civ. V, n° 31 ; Cass. soc., 5 mars 2002, Bull. civ. V, n° 85.

⁶ Cass. soc., 2 mars 1989, Bull. civ. V, n°170 ; RJS 4/89, n° 315.

⁷ Cass. soc. 11 avr. 2012, n° 11-11.037, JCP S 2012, 1287, note F. DUMONT ; Cass. soc., 11 avr. 2002, Bull. civ. V, n° 120 ; Dr. soc. 2012, p. 632, obs. S. TOURNAUX.

Par exception, le salarié pourra prétendre au bénéfice de la priorité en dehors de toute manifestation explicite en ce sens, lorsque l'employeur s'est expressément engagé à lui notifier tous les postes vacants¹. Il en va de même si une convention collective impose à l'employeur de respecter l'obligation relative à la priorité de réembauche sans comporter « aucune des restrictions figurant dans la loi relatives à la mise en œuvre de cette obligation » ; cette disposition conventionnelle plus favorable au salarié le dispense de faire connaître son intention de bénéficier de la priorité de réembauche².

Lorsqu'elle est requise, la demande relative au bénéfice de la priorité doit être effectuée par le salarié dans le délai d'un an à compter de la rupture de son contrat³, délai pendant lequel l'employeur sera tenu de lui proposer tout emploi disponible compatible avec sa qualification, avant de procéder à un recrutement. Il appartient donc au conseil de prud'hommes saisi d'un litige relatif à la priorité de réembauche de vérifier si le salarié avait manifesté le vœu d'en bénéficier dans le délai légal, avant d'affirmer que l'employeur a violé son obligation en procédant à une embauche sur un poste qui aurait pu lui être proposé⁴.

Si, depuis 2005, elle fixe la date de rupture à la date d'envoi de la lettre de licenciement⁵, la Cour de cassation décide que le délai d'un an pour manifester la volonté de bénéficier de la priorité débute à la fin du préavis qu'il soit exécuté ou non⁶. De prime abord, cette solution semble conforme à la finalité de la priorité de réembauche puisque ce n'est qu'à la date de cessation effective de la relation de travail que « le salarié est réellement privé d'emploi et a intérêt à se voir proposer un poste compatible avec sa qualification »⁷. Toutefois, cette solution, qui est contraire à la lettre de l'article L. 1233-45 du Code du travail qui fait courir le délai d'un an pour bénéficier de la priorité de réembauche à l'expiration du préavis, présente un inconvénient. En effet, dans la mesure où l'obligation de reclassement préalable à toute rupture pour motif économique doit être exécutée avant la notification du licenciement, si au cours du préavis un poste compatible avec la qualification du salarié venait à être

¹ Cass. soc., 30 juin 1998, Juris-Data n° 1998-003040 ; Cass. soc., 19 mai 2010, préc., *a contrario*.

² Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 94-42.273, inédit.

³ Ce délai était de deux mois sous l'empire des dispositions conventionnelles ; la loi du 2 août 1989, le fit passer à quatre mois ; c'est la loi du 17 janvier 2002 qui a fixé ce délai à un an.

⁴ Cass. soc., 2 mars 1989, Bull. civ. V, n° 170, Cass. soc., 30 mars 1999, Bull. civ. V, n° 146 ; Cass. soc., 27 nov. 2001, RJS 2002, n° 161.

⁵ Cass. soc., 11 mai 2005, D. 2006, 701, note B. REYNES, Dr. soc. 2005, p. 920, obs. J. MOULY. Jusqu'au revirement effectué dans cet arrêt la jurisprudence estimait alors que la date de rupture du contrat de travail était celle à laquelle le salarié avait connaissance de sa lettre de licenciement, V. en ce sens Cass. soc., 16 nov. 1993, Bull. civ. V, n° 272, Dr. soc. 1994, p. 41 ; RJS 1994, n° 128 ; Cass. soc., 17 oct. 2000, Bull. civ. V, n° 332 ; D. 2000, IR. 304 ; RJS 2000, n° 1240.

⁶ Cass. soc., 27 nov. 2001, Dr. soc. 2002, p. 222, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 21 juil. 1993, RJS 8-9/93, n° 858, JCP E 1994, II, 589, note D. CORRIGNAN-CARSIN. ; Cass. soc., 27 nov. 2001, préc. ; Cass. soc., 28 fév. 2006, CSBP 2006, n° 181, p. 286, note F.-J. PANSIER.

⁷ D. CORRIGNAN-CARSIN sous Cass. soc., 21 juil. 1993, préc.

disponible, l'employeur ne serait tenu de le lui proposer ni au titre de son obligation de reclassement, ni au titre de la priorité de réembauche. Alors même que le licenciement pour motif économique constitue l'ultime remède auquel l'employeur doit se résoudre en offrant au salarié licencié le bénéfice de mesures sociales d'accompagnement, il est regrettable qu'entre la notification du licenciement et l'expiration du préavis, l'employeur ne soit soumis ni à l'obligation de reclassement, ni à la priorité de réembauche, recouvrant de fait, toute latitude pour procéder à un recrutement extérieur. De ce point de vue, il serait souhaitable que la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence et fasse courir le délai d'un an pendant lequel le salarié peut prétendre au bénéfice de la priorité de réembauche à compter de la notification de la rupture de son contrat. En tout état de cause, sous l'empire de la jurisprudence actuelle, nous ne saurions trop conseiller au salarié désireux d'user de la priorité d'exprimer cette volonté le plus tôt possible. En effet, tant qu'il ne l'a pas fait, la priorité ne s'impose pas à l'employeur qui reste libre de procéder à un recrutement externe.

Par ailleurs, la conclusion d'une transaction ne comportant aucune référence à la priorité de réembauche n'emporte pas renonciation du salarié à son bénéfice¹, pas plus qu'elle n'a pour effet de modifier le point de départ du délai d'un an, qui court à partir de la fin du préavis et non de la conclusion de la transaction².

795. *Priorité subordonnée à l'existence d'un recrutement.* Ce n'est que dans l'hypothèse où il envisage de procéder à un recrutement qu'il appartient à l'employeur d'informer le titulaire d'une priorité de réembauche de la disponibilité d'un emploi compatible avec ses compétences. Tel n'est pas le cas s'il se contente de proposer des emplois en interne aux salariés de l'entreprise puisque la priorité « *ne peut s'exercer que lorsque l'employeur procède à des embauches* »³. À ce titre, en cas de concours sur un poste disponible dans l'entreprise entre salariés créanciers de l'obligation de reclassement et bénéficiaires d'une priorité de réembauche, les premiers l'emportent sur les seconds⁴. Le droit au reclassement, qui a pour but d'éviter la rupture du lien contractuel et avec elle la perte de l'emploi, prime logiquement la priorité de réembauche dont la finalité est l'établissement d'un

¹ Cass. soc., 20 nov. 2000, n° 98-43.518, inédit. Il en va de même s'agissant du reçu pour solde de tout compte qui n'emporte pas davantage renonciation au bénéfice de la priorité ; Cass. soc., 6 avr. 1994, Bull. civ. V, n° 134.

² Cass. soc., 28 fév. 2006, RJS 2006, n° 710.

³ Cass. soc., 6 juil., 1999, Bull. civ. V, n° 334 ; RJS 8-9/99, n° 1113 ; SSL 6 sept. 1999, n° 946, p. 12 ; Dr. soc. 1999, p. 966, obs. J. SAVATIER.

⁴ Il en résulte que, si l'employeur propose, au titre de son obligation de reclassement, un emploi à un salarié qui l'accepte, un salarié bénéficiaire d'une priorité de réembauche ne pourra se prévaloir d'un manquement de l'employeur à cette obligation, faute d'embauche extérieure ; Cass. soc., 6 juil. 1999, préc.

nouveau lien contractuel après la rupture du contrat pour un motif économique. Il devrait vraisemblablement en aller de même en cas de concours entre un bénéficiaire de la priorité de réembauche et un salarié ayant droit à être réintégré dans son emploi du fait de la nullité de son licenciement. Dans cette dernière hypothèse, le lien contractuel n'ayant en théorie jamais été rompu, il apparaît logique que le salarié sollicitant sa réintégration prime celui désirant conclure un nouveau contrat avec son ancien employeur au titre de la priorité de réembauche.

Si la Cour d'appel de Lyon a décidé que « *le droit au reclassement dans une société du même groupe reconnu aux salariés (...) doit nécessairement l'emporter sur le droit à la priorité de réembauchage* », ce dont elle a déduit qu'un « *emploi destiné au reclassement de salariés relevant de sociétés du même groupe ne peut être considéré comme disponible pour l'exercice de la priorité de [réembauche]* »¹, il n'est pas certain que la Cour de cassation adopterait la même solution. En effet, si l'ancien employeur du titulaire de la priorité est débiteur à son égard de l'obligation de lui proposer tout poste disponible compatible avec ses compétences, il n'est en revanche tenu d'aucune obligation de reclassement à l'égard du salarié d'une autre société du groupe², sauf situation de coemploi³. Il nous semble à ce titre peu probable que la Cour de cassation adopte la même position que la Cour d'appel de Lyon dans la mesure où d'une part elle est attachée à l'autonomie des personnes morales composant un groupe de sociétés, et où d'autre part elle considère que viole la priorité de réembauche l'employeur qui pourvoit un poste de disponible au sein de son entreprise par un salarié détaché par une autre entreprise du groupe⁴.

796. Cadre spatio-temporel de l'exercice de la priorité. La priorité de réembauche s'exerce au niveau de l'entreprise prise dans l'intégralité de ses établissements⁵, à l'exclusion du groupe. Cependant, si un poste a vocation à être commun à deux sociétés du groupe dont l'une est débitrice d'une priorité de réembauche à l'égard d'anciens salariés, la violation de la priorité est caractérisée lorsque l'autre société procède à un recrutement extérieur sans avoir proposé ledit poste aux salariés titulaires d'une priorité de réembauche⁶. Par ailleurs, en cas de cession justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, un salarié affecté, avant son

¹ CA Lyon, 19 déc. 1997, RJS 10/98, n° 1258.

² Cass. soc., 13 janv. 2010, préc.

³ Cass. soc., 28 sept. 2011, préc.

⁴ Cass. soc., 12 fév. 1992, RJS 3/92, n° 269 ; D. 1992, somm. p. 293, obs. A. LYON-CAEN.

⁵ Cass. soc., 6 avr. 1994, Bull. civ. V, n° 134 ; RJS 694, n° 694.

⁶ Cass. soc., 10 juil. 2001, Bull. civ. V, n° 253.

licenciement, à l'entité transférée peut se prévaloir de la priorité auprès du cessionnaire¹, peu important qu'il ait manifesté sa volonté d'en bénéficier auprès du cédant². Avant de procéder à un recrutement extérieur, il appartient donc au cessionnaire de s'assurer que le cédant n'était pas tenu, avant le transfert, par une priorité de réembauche toujours en vigueur.

Au même titre que le salarié a un an à compter de l'expiration de son préavis pour réclamer le bénéfice de la priorité, l'employeur ne doit la respecter que pendant ce délai, sauf dispositions conventionnelles plus favorables³. Si l'employeur n'est tenu par la priorité que pendant un an après la fin du préavis du salarié et à condition que ce dernier ait manifesté la volonté d'en bénéficier, il doit exécuter cette obligation de bonne foi. Ainsi, l'employeur méconnaît les dispositions relatives à la priorité de réembauche lorsqu'il attend délibérément l'expiration du délai d'un an pour procéder à un recrutement sur un poste compatible avec la qualification du salarié titulaire de la priorité, poste dont il savait depuis un certain temps qu'il allait être disponible⁴.

797. Emplois à proposer au titre de la priorité de réembauche. L'employeur ne doit proposer au titulaire d'une priorité de réembauche que les emplois disponibles, compatibles avec sa qualification.

798. Emplois disponibles au titre de la priorité. L'employeur n'est tenu par la priorité que lorsqu'un emploi, compatible avec la qualification du salarié, est disponible, ce qui exclut ceux dont le titulaire est temporairement absent du fait de la suspension de son contrat de travail⁵. En effet, à l'instar de sa position en matière de reclassement, la Cour de cassation estime que l'emploi d'un salarié en congé annuel n'est pas disponible au titre de la priorité de réembauche⁶, pas plus que celui d'un salarié en arrêt de travail pour maladie⁷ ou en congé maternité⁸. Comme en matière de reclassement, elle assimile, de manière fort discutable,

¹ Cass. soc., 26 fév. 1992, Bull. civ. V, n° 128 ; RJS 4/92, n° 412 ; Dr. soc. 1992, p. 378 ; JCP G 1992, II, 21883, note J. MOULY ; Cass. soc., 5 fév. 2002, RJS 2002, n° 397 ; Cass. soc., 5 mars 2002, n° 01-41.429, RJS 2002, n° 605 ; Gaz. pal. 2002, n° 162, p. 17 ; Cass. soc., 9 juil. 2008, préc..

² Cass. soc., 9 juil. 2008, préc..

³ Il n'est pas rare, notamment dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, que l'employeur s'engage à offrir aux salariés une priorité de réembauche pendant une durée supérieure à celle d'un an prévue par l'article L. 1233-45 du Code du travail.

⁴ Cass. soc., 6 avr. 1994, Dr. soc. 1994, p. 564. À noter qu'il en a été jugé autrement dans l'hypothèse d'une création de postes réalisée après l'expiration du délai donné aux salariés licenciés pour faire valoir leur priorité alors même que cette création concrétisait un projet antérieur ; Cass. soc., 26 juin 1986, Bull. civ. V, n° 335.

⁵ Cass. soc., 27 nov. 1998, préc..

⁶ Cass. soc., 17 juin 1992, Bull. civ. V, n° 404 ; JCP 1993, II, 22076, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

⁷ Cass. soc., 12 déc. 1995, Bull. civ. V, n° 343 ; Dr. soc. 1996, p. 200, obs. F. FAVENNEC.

⁸ Cass. soc., 27 nov. 1997, RJS 2/98, n° 193, non publié au bulletin.

disponibilité et *vacance* de l'emploi, sans doute parce que l'article L. 1233-45 du Code du travail vise un *emploi* et non un *poste* disponible. Cette assimilation conduit à écarter le jeu de la priorité de réembauche pour toutes les hypothèses de suspension du contrat de travail quels qu'en soient le motif et la durée, ce qui est particulièrement regrettable au regard de la finalité de la priorité qui offre au salarié licencié une alternative au chômage. À ce titre, un espoir de revirement résulte d'un arrêt inédit relatif au reclassement d'un salarié inapte, dans lequel la Cour de cassation censure une Cour d'appel pour avoir estimé que « *l'absence d'une salariée en congé de maternité n'ouvrait pas un poste disponible mais simplement un remplacement* », violant ainsi l'article L. 1226-2 du Code du travail en que « *le caractère temporaire d'un poste [n'interdit] pas de proposer celui-ci en reclassement* »¹. Elle pourrait adopter la même position en matière de priorité de réembauche ce qui assurerait davantage de lisibilité à sa jurisprudence qui impose le respect de la priorité en cas d'embauche en CDD pour une commande exceptionnelle à l'exportation mais en exonère l'employeur en cas de remplacement d'un salarié absent²... Il convient tout de même d'attendre une prise de position claire de la Cour de cassation tendant à enjoindre aux employeurs de proposer au titre de la priorité de réembauche les postes des salariés absents qu'ils envisagent de remplacer en concluant un CDD. En tout état de cause, le caractère temporaire de l'emploi ne constitue pas un obstacle à la priorité puisque la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que l'obligation d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification n'est pas limitée aux emplois pourvus par des contrats de travail à durée indéterminée³.

À ce titre, il serait souhaitable que la Cour de cassation clarifie sa position relative à la violation ou non de la priorité de réembauche en cas de recours au travail temporaire,

¹ Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-24.456, inédit.

² L'interdiction de recourir au CDD après le prononcé d'un licenciement pour motif économique prévue par l'article L. 12342-5 du Code du travail a un champ d'application relativement circonscrit. Elle ne concerne ainsi que les CDD conclus au titre d'un accroissement temporaire d'activité dans les six mois suivant le prononcé d'un licenciement pour motif économique. Rien n'interdit dès lors à l'employeur de conclure un CDD de remplacement, un CDD d'usage ou encore un CDD saisonnier. Par ailleurs, sont seuls prohibés les CDD destinés à pourvoir un « *poste concerné par le licenciement dans l'établissement* » ; l'employeur a en revanche tout loisir de conclure un CDD pour surcroît d'activité dans un autre établissement de l'entreprise dans lequel n'a pas été prononcé de licenciement pour motif économique dans les six mois précédents. En outre, cette interdiction ne concerne pas les CDD insusceptibles de renouvellement dont la durée est inférieure à trois mois, ni ceux qui, bien que conclus dans une certaine mesure au motif d'un surcroît temporaire d'activité, sont indispensables pour faire face à une commande exceptionnelle à l'exportation. Toutefois, dans cette dernière hypothèse (et seulement dans celle-ci puisque la rédaction du texte a été rectifiée par la Commission de recodification réservant l'obligation procédurale à la seule hypothèse du recours au CDD pour répondre à une commande exceptionnelle à l'exportation), l'employeur devra au préalable informer et consulter les représentants du personnel avant tout recrutement en CDD. Art. L. 1242-5, C. trav.

³ Cass. soc., 8 avr. 2009, JCP S 2009, 1340, JCP G 2009, 1692, notes D. CORRIGNAN-CARSIN, Cass. soc., 9 juil. 2008, préc. ; Cass. soc., 26 janv. 1994, Bull. civ. V, n° 31, Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-42.434, CSBP 2009, n° 212, p. 193, obs. SK ; Cass. soc., 26 janv. 1994, préc.

puisqu'elle a rendu des arrêts contradictoires sur cette question. Après avoir affirmé que l'emploi d'un intérimaire pour une mission de courte durée ne constitue pas un manquement de l'employeur à la priorité de réembauche¹, elle a décidé que le recours systématique, avant et après les licenciements, à des travailleurs intérimaires pour un nombre d'heures correspondant à l'emploi de plusieurs salariés constituait une violation de l'obligation de reclassement et de la priorité de réembauche, puisque ce recours à l'intérim caractérisait l'existence de postes disponibles². Cette dernière solution semble moins constituer une remise en cause de la première qu'une condamnation du recours systématique à l'intérim mettant en exergue le manquement à l'obligation de reclassement³. Dans la mesure où en recourant à l'intérim l'employeur ne procède pas à un recrutement puisque les intérimaires sont employés par l'entreprise de travail temporaire qui les met à sa disposition, la violation de la priorité de réembauche ne devrait pas être caractérisée, sous réserve de la fraude.

799. Emplois compatibles avec les qualifications du titulaire de la priorité.

L'exercice de la priorité de réembauche implique l'existence d'un emploi disponible compatible avec les qualifications du salarié et ne se limite donc pas aux seuls emplois identiques à celui occupé avant son licenciement. L'article L. 1233-45 du Code du travail dispose à ce titre que le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauche au titre de celle-ci, à la stricte condition d'avoir informé l'employeur de ses nouvelles compétences⁴.

L'employeur doit donc proposer au titulaire de la priorité tout emploi similaire ou équivalent à celui qu'il occupait avant son licenciement, voire un emploi différent si ses compétences, sa formation, sa qualification et ses aptitudes professionnelles lui permettent de l'occuper. La priorité de réembauche peut par ailleurs s'exercer sur un emploi de catégorie

¹ En l'espèce pour huit jours (Cass. soc., 8 juil. 1997, n° 94-42.572, inédit). Il en va de même des « *embauches temporaires d'une durée de 15 jours auxquelles avait procédé la société* » qui étaient liées « *à l'arrêt momentané d'une chaîne de transvasage* » et n'avaient alors « *pas pour objet de pourvoir des postes devenus disponibles* », Cass. soc., 21 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 444 ; RJS 1298, n° 1525.

² Cass. soc., 1^{er} mars 2000, Bull. civ. V, n° 82, RJS 4/00, n° 395 ; Dr. soc. 2000, p. 559, obs. J. SAVATIER ; SSL 13 mars 2000, n° 972, p. 12.

³ Alors même que les circonstances de l'espèce révélaient « *le caractère permanent et réel des besoins d'emploi de l'employeur et donc l'existence de postes à pourvoir* ». Cet arrêt traduit davantage le souci de la Cour de cassation de limiter l'expansion du travail intérimaire au détriment de l'emploi stable en violation des règles de base du travail temporaire qui interdisent de pourvoir par ce biais « *un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice* », art. L. 1251-1 C. trav.

⁴ Aucun formalisme n'est exigé quant au mode d'information de l'employeur, cependant l'existence d'un écrit constituera une preuve en cas de litige.

inférieure dès lors qu'il correspond à la qualification du salarié concerné¹. Tous les emplois susceptibles d'être occupés par le salarié doivent lui être proposés au titre de la priorité, à moins qu'il n'ait fait part à l'employeur de son souhait de ne bénéficier de la priorité que sur certains emplois. Dans cette hypothèse, l'employeur est dispensé de l'informer des autres emplois disponibles compatibles avec sa qualification qui ne répondraient pas à ses exigences². Le refus par le titulaire de la priorité d'un emploi compatible avec sa qualification n'emporte en aucun cas renonciation au droit à la priorité³, l'employeur devra lui proposer les postes disponibles compatibles avec sa qualification.

La qualification du salarié au jour où l'employeur envisage un recrutement constitue donc la limite de la priorité de réembauche, l'employeur ne saurait être tenu à une quelconque obligation d'adaptation à ce titre⁴, ce qui est on ne peut plus logique dans la mesure où l'obligation d'adaptation est liée à celle d'exécuter de bonne foi le contrat dont, par définition, le bénéficiaire de la priorité n'est plus titulaire.

Lorsqu'il envisage un recrutement, l'employeur doit donc déterminer les caractéristiques de l'emploi disponible, définir les capacités, les qualifications et les compétences professionnelles requises pour l'occuper. Si elles correspondent à la formation, antérieure ou acquise depuis son licenciement, par un titulaire de la priorité, l'employeur doit l'informer de la disponibilité de cet emploi et le lui proposer, le cas échéant, en lui faisant part de l'urgence qu'il y a à répondre à son offre⁵. Si le bénéficiaire de la priorité tarde à accepter l'emploi proposé par l'employeur, et se trouve de ce fait écarté du poste, l'employeur a satisfait à son obligation relative à la priorité de réembauche⁶.

800. Concours entre titulaires d'une priorité de réembauche. En présence de plusieurs bénéficiaires de la priorité susceptibles de candidater sur un même poste,

¹ Cass. soc., 6 avr. 1994, UIMM, jurispr. soc. n° 94-274, p. 247. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a confirmé la condamnation par la Cour d'appel d'un employeur à verser des dommages et intérêts pour non-respect de la priorité, dès lors que les juges du fond avaient « fait ressortir que les postes d'agents technico-commerciaux étaient compatibles avec la qualification » du salarié qui était cadre commercial.

² Cass. soc., 29 mai 1991, préc.

³ Les difficultés pour cerner la motivation du salarié ont d'ailleurs conduit le législateur à rejeter un amendement au terme duquel « si le salarié refuse un tel emploi, la priorité de réembauchage est supprimée » ; JO déb. AN, 26 mai 1989, p. 1282.

⁴ Cass. soc., 15 oct. 1996, D. 1998, somm. com., p. 254, H. TISSANDIER ; UIMM jurispr. soc. n° 96-600, p. 392. L'employeur n'est ainsi pas contraint au titre de la priorité de proposer à une ancienne secrétaire un poste d'agent de sécurité auquel elle prétendait, Cass. soc., 27 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 460 ; RJS 1298, n° 1524 ; de même, l'emploi de technicien de maintenance pourvu par un contrat à durée indéterminée n'est pas compatible avec la qualification de secrétaire administratif du bénéficiaire de la priorité, en ce sens, Cass. soc, 21 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 444 ; RJS 12/98, n° 1525.

⁵ CA Dijon, 26 janv. 2006, résumé in RJS 6/06, n° 795.

⁶ Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-42.826, inédit

l'employeur n'est pas tenu de suivre un ordre déterminé pour le choix du salarié réembauché. Il lui incombe toutefois d'informer préalablement tous les salariés licenciés pour motif économique qui ont manifesté le désir d'user de la priorité de réembauche, de tous les postes disponibles et compatibles avec leur qualification¹. Si le libre choix de ses collaborateurs, corollaire de sa liberté d'entreprendre, reste donc limité puisque l'employeur est tenu de proposer le poste à l'un des titulaires de la priorité avant tout recrutement extérieur, il dispose toutefois la liberté de choisir entre eux en fonction de l'intérêt de l'entreprise², sous réserve d'être en mesure de communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est fondé pour arrêter son choix³.

801. Sanction du non respect de la priorité. L'article L. 1235-13 du Code du travail assortit le non-respect de la priorité de réembauche de l'allocation au salarié d'une indemnité au moins égale à deux mois de salaire, à l'exclusion des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté au jour de leur licenciement ou dont l'ancienne entreprise comptait moins de onze salariés⁴. En cas de litige relatif au non-respect de la priorité de réembauche, la charge de la preuve pèse sur l'employeur qui doit démontrer « *qu'il a satisfait à son obligation en établissant soit qu'il a proposé les postes disponibles, soit en justifiant de l'absence de tels postes* »⁵. À défaut, il sera condamné pour violation de la priorité de réembauche. Le préjudice résultant de la violation de la priorité de réembauche est distinct de celui découlant et de l'absence de cause économique réelle et sérieuse du licenciement ; l'indemnité allouée au salarié au titre de la violation de la priorité se cumule donc avec celle accordée au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse⁶.

Ainsi, tout employeur qui procède à un licenciement pour motif économique doit, dans l'année suivant la fin du préavis, proposer au titulaire d'une priorité de réembauche tout emploi disponible et compatible avec sa qualification avant de procéder à un recrutement extérieur. Cette priorité, dont la portée effective ne doit pas être exagérée, offre ainsi aux

¹ Cass. soc., 2 déc. 1998, Rec. Dalloz 1999, p. 175, note P. FADHEUILHE ; Cass. soc., 11 avr. 2012, Bull. civ. V, n° 120, préc. ; Cass. soc., 28 janv. 2014, n° 12-23.206, inédit.

² Cass. soc., 2 déc. 1998, Rec. Dalloz 1999, p. 175, note P. FADHEUILHE

³ Cass. soc., 2 déc. 1998, préc.

⁴ Art. L. 1235-14, 3°, C. trav.

⁵ Cass. soc., 23 juin 2009, Bull. civ. V, n° 162 ; CSBP 2009, n° 213, p. 222, obs. F.-J. PANSIER.

⁶ Cass. soc., 5 oct. 1995, RJS 1996, n° 265 ; Cass. soc., 8 janv. 1997, Bull. civ. V, n° 6. En revanche, l'employeur ne peut être condamné à rembourser les allocations chômage versées par Pôle emploi en cas de violation de la priorité, Cass. soc., 7 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 533.

salariés une chance de réinsertion professionnelle dans l'entreprise dans laquelle ils travaillaient à l'origine. Si cette mesure offre au salarié un « droit retour » dans l'entreprise qui l'a licencié, elle ne l'accompagne pas véritablement dans la recherche d'un nouvel emploi, à la différence du contrat de sécurisation professionnelle.

B - Le contrat de sécurisation professionnelle.

802. Champ d'application du contrat de sécurisation professionnelle. Le contrat de sécurisation professionnelle offre aux salariés licenciés pour motif économique un accompagnement renforcé pour qu'ils puissent retrouver dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle salariée ou non, grâce à l'organisation d'un parcours comprenant des mesures de soutien à la recherche d'emploi, des périodes de formation et éventuellement des périodes de travail. Cet accompagnement spécifique est réalisé par Pôle emploi et ses partenaires locaux, et repose sur un cofinancement qui fait majoritairement intervenir l'assurance chômage et l'État. La part du dispositif financée par l'entreprise est mineure¹, ce qui explique que le contrat de sécurisation professionnelle soit réservé aux entreprises ayant *a priori* des moyens limités. En effet, à l'instar de la convention de reclassement personnalisé et du contrat de transition professionnelle auxquels il succède, le contrat de sécurisation professionnelle concerne les salariés dont le licenciement pour motif économique est envisagé dans une entreprise non-soumise à l'obligation de proposer un congé de reclassement². Sont donc tenues d'offrir le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle aux salariés menacés de licenciement les entreprises de moins de mille

¹ Le financement du contrat de sécurisation professionnelle incombe ainsi seulement pour partie à l'employeur qui y participe en versant une somme égale à l'indemnité de préavis dans la limite de trois mois de salaire pour tout salarié bénéficiaire du dispositif ayant au moins un an d'ancienneté. Jusqu'au 1^{er} janvier 2015, l'employeur devra s'acquitter au surplus d'une somme équivalant aux droits que le salarié a acquis à la date de la rupture de son contrat au titre du droit individuel à la formation. À compter de cette date et en application de la loi du 5 mars 2014 qui a supprimé le droit individuel à la formation pour y substituer le compte personnel formation (art. L. 6321-1, C. trav.), le salarié pourra aux termes de l'article L. 1233-67 du Code du travail « mobiliser » ledit compte (Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, JO du 6 mars 2014, p. 4848 ; la loi a omis de supprimer la référence à l'obligation pour l'employeur de verser le reliquat du droit individuel à la formation à l'article L. 1233-69, al. 1^{er}, 2°, C. trav.). Enfin, l'assurance chômage prend en charge l'allocation versée au salarié. Est par ailleurs prévue la participation éventuelle des organismes collecteurs paritaires agréés qui peuvent affecter des ressources collectées au titre notamment des contrats de professionnalisation aux actions de formations prévues dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle, tout comme les régions dans le cadre de la programmation convenue dans le contrat de plan régional des formations professionnelle ou encore le fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (Art. L. 1233-69, C. trav.).

² Art. L. 1233-66, C. trav.

salariés ou appartenant à un groupe n'atteignant pas cet effectif¹, ainsi que toute entreprise soumise à une procédure collective, à l'exclusion d'une procédure de sauvegarde, quelle que soit sa taille².

Les salariés menacés par une procédure de licenciement pour motif économique engagée dans les entreprises susmentionnées peuvent donc prétendre au bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle. Peu importe le mode de rupture du contrat envisagé. Qu'il s'agisse d'un licenciement, d'un départ négocié ou d'un départ volontaire³, le salarié a droit au bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle dès lors qu'est envisagée la rupture de son contrat pour l'une des causes visées par l'article L. 1233-3 du Code du travail⁴. Sont également éligibles au dispositif les salariés licenciés à la suite de leur refus d'une mesure de mobilité conventionnelle prévue par un accord de mobilité interne ou de leur opposition à l'application d'un accord de maintien de l'emploi⁵. Pour pouvoir prétendre au bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle, le salarié doit en outre justifier d'une ancienneté minimale d'un an dans l'entreprise et être apte à l'emploi⁶. Les salariés n'ayant pas un an d'ancienneté peuvent toutefois se voir proposer un contrat de sécurisation professionnelle qui s'exécutera dans des conditions particulières, s'ils satisfont aux conditions d'affiliation permettant l'ouverture des droits à l'allocation d'aide au retour à l'emploi⁷.

¹ Le groupe est ici entendu au sens des articles L. 2231-1 et L. 2341-4 du Code du travail respectivement relatifs au comité de groupe et au comité d'entreprise européen.

² Art. L. 1233-71, C. trav., sur le champ d'application du congé de reclassement.

³ La Cour de cassation a en effet décidé qu'en cas de résiliation amiable du contrat de travail d'un salarié conclue en raison de circonstances caractérisant un motif économique, l'employeur était tenu de proposer au salarié les mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement prévues par l'article L. 321-4-2 du Code du travail alors en vigueur dans le cadre du PARE anticipé. Cette solution semble transposable au contrat de sécurisation professionnelle. (en ce sens Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-15.019, Bull. civ. V, n° 254 ; RDT 2009, p. 165, obs. A. FABRE ; Dr. soc. 2009, p. 374, obs. G. COUTURIER.) Par ailleurs, s'agissant de la convention de reclassement personnalisé, l'Unedic a affirmé que « toutes les ruptures de contrats de travail à caractère économique, telles que les départs négociés ou les départs volontaires sont visées » par l'obligation de proposer une telle convention ; Circ. Unedic n° 2006-09, 13 avr. 2006.

⁴ À l'exception, ainsi que le prévoit l'article L. 1233-3 du Code du travail, de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants.

⁵ Art. L. 2242-23 (accord de mobilité interne) et L. 5125-2 C. trav. (accord de maintien de l'emploi).

⁶ Art. 3 de l'ANI du 31 mai 2011, relatif au contrat de sécurisation professionnelle, art. L. 1233-68, C. trav. Deux ans d'ancienneté étaient exigés pour prétendre au bénéfice de la convention de reclassement personnalisé ; aucune condition d'ancienneté n'était en revanche requise en matière de contrat de transition professionnelle.

⁷ Art. 3 de l'ANI du 31 mai 2011, préc. L'ensemble de ces conditions s'apprécie au jour où l'accord du salarié prend effet, c'est-à-dire au lendemain du terme du délai de réflexion. Répondant aux nombreuses critiques relatives à l'étroitesse du champ d'application des dispositifs précédents, l'ANI du 31 mai 2011 a ouvert le bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle, à titre expérimental, dans certains bassins d'emploi aux salariés dont le contrat précaire arrive à terme (L. n° 2011-893 du 28 juill. 2011, préc., art. 43.). L'ANI du 11 janvier 2013 a prévu pour sa part le versement d'une prime de 1 000 euros au septième mois d'accompagnement pour les bénéficiaires du contrat de sécurisation professionnelle expérimental susvisé, engagés dans une formation certifiante ou qualifiante et dont les droits à l'assurance chômage expirent avant la fin de ladite formation. Afin de permettre l'instauration de cette prime, la loi du 14 juin 2013 a modifié l'article 43 de la loi du 28 juillet 2011 pour permettre aux accords UNEDIC de prévoir des incitations financières pour les bénéficiaires potentiels d'un contrat de sécurisation professionnelle expérimental.

Il convient d'indiquer que la Cour de cassation affirme que le fait qu'un salarié ait adhéré à une convention de reclassement personnalisé alors même qu'il n'était pas éligible au dispositif ne prive pas pour autant de plein droit la rupture de cause réelle et sérieuse¹ ; cette solution est vraisemblablement transposable au contrat de sécurisation professionnelle.

803. *Procédure d'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle.* Lorsqu'il envisage d'engager une procédure de licenciement pour motif économique, l'employeur doit proposer aux salariés concernés le bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle. À défaut, il sera sanctionné et devra verser à l'UNEDIC d'une contribution spécifique de deux mois de salaire brut, portée à trois mois en cas d'acceptation par le salarié du contrat de sécurisation professionnelle, Pôle emploi étant tenu de lui en proposer le bénéfice lors de son inscription si l'employeur ne l'a pas fait². L'employeur doit proposer aux salariés menacés de licenciement pour motif économique d'adhérer au contrat de sécurisation professionnelle au cours de l'entretien préalable lorsqu'il est obligatoire ou à l'issue de la dernière réunion des représentants du personnel dans le cas inverse³. Il leur remet alors le document de présentation du dispositif ce qui fait courir le délai de réflexion de vingt-et-un jours octroyé au salarié pour accepter ou non d'y adhérer. Afin que le choix du salarié soit éclairé, un entretien d'information auprès du Pôle emploi est prévu au cours de ce délai. Le silence gardé par le salarié au terme du délai de réflexion vaut refus du contrat de sécurisation professionnelle. En revanche, si le salarié accepte le bénéfice du dispositif, il remet à son employeur le bulletin d'acceptation signé, avant l'échéance du terme du délai. Lorsque le délai de réflexion n'est pas expiré à la date prévue par les articles L. 1233-15 et L. 1233-39 du Code du travail pour l'envoi de la lettre de licenciement, l'employeur adresse au salarié une lettre recommandée avec accusé de réception lui rappelant le terme du délai et indiquant qu'en cas de refus du contrat de sécurisation professionnelle, cette lettre constituera la notification de son licenciement.

804. *Enonciation des motifs de la rupture.* L'employeur doit énoncer les motifs de la rupture du contrat dans la lettre qu'il est tenu d'adresser au salarié lorsque le délai de

¹ Cass. soc., 8 oct. 2014, n° 13-13.995, à paraître au Bulletin.

² Art. L. 1233-66. C. trav.. Pôle emploi est chargé du recouvrement de la contribution pour le compte de l'UNEDIC : D. n° 2013-639 du 17 juillet 2013 relatif aux conditions d'exigibilité des contributions dues au titre du contrat de sécurisation professionnelle, JO du 19 juillet 2013, p. 12079.

³ Pour mémoire, l'entretien préalable à la rupture n'est pas obligatoire en cas de procédure de grand licenciement collectif engagée dans une entreprise pourvue de représentants du personnel, art. L. 1233-38, C. trav.

réflexion expire après celui de l'envoi de la lettre de licenciement¹, ou dans tout autre document remis au salarié au plus tard le jour de l'acceptation du dispositif². Il devra également mentionner dans ce document le droit à la priorité de réembauche dont bénéficie le salarié adhérent au contrat de sécurisation professionnelle³. Si l'employeur n'adresse au salarié aucun document écrit portant à sa connaissance le motif de la rupture, elle sera dépourvue de cause réelle et sérieuse⁴. L'employeur devra alors rembourser les indemnités chômage éventuellement versées au salarié⁵, sous déduction de la contribution versée au titre de la participation de l'employeur au financement du contrat de sécurisation professionnelle prévue par l'article L. 1233-69 du Code du travail⁶. En effet, le salarié adhérent au contrat de sécurisation professionnelle peut, à l'instar des bénéficiaires des dispositifs précédents, contester la cause de la rupture de son contrat⁷. Il dispose pour ce faire d'un délai de douze mois à compter de son adhésion au dispositif, sous réserve que ce délai ait été porté à sa connaissance ; à défaut, il ne lui sera pas opposable.

Si les juges constatent l'absence de cause réelle et sérieuse de la rupture, devrait être transposée au contrat de sécurisation professionnelle la solution selon laquelle en « *l'absence de motif économique de licenciement, la convention de reclassement personnalisé devient sans cause de sorte que l'employeur est alors tenu à l'obligation du préavis et des congés payés afférents, sauf à tenir compte des sommes déjà versées à ce titre en vertu de ladite convention* »⁸. Ainsi, si la rupture est dépourvue de cause réelle et sérieuse, le régime propre au contrat de sécurisation professionnelle devrait être écarté et l'employeur soumis au droit commun du licenciement pour motif économique. Il devrait donc être tenu de payer notamment au salarié une indemnité correspondant aux trois mois de préavis qu'il a versés au Pôle emploi ainsi que les congés payés afférents⁹, sans préjudice de l'éventuel remboursement

¹ En effet, il semble plus que probable que la jurisprudence relative à la convention de reclassement personnalisé sera transposée au contrat de sécurisation professionnelle. Or la Cour de cassation décide que la rupture du contrat de travail résultant de l'acceptation par le salarié d'une telle convention doit avoir une cause économique réelle et sérieuse, dont l'appréciation ne peut résulter que des motifs énoncés par l'employeur (Cass. soc., 14 avr. 2010, Bull. civ. V, n° 98 ; SSL 26 avr. 2010, n° 1443, p. 11 ; V. extraits de l'avis de J. DUPLAT, « La CRP et l'énunciation du motif économique », SSL, 26 avr. 2010, n° 1443, p. 9).

² Cass. soc., 14 avr. 2010, préc. ; Cass. soc., 30 nov. 2011, Bull. civ. V, n° 276 ; Cass. soc. 12 juin 2012, Bull. civ. V, n° 176.

³ Cass. soc., 30 nov. 2011, préc.

⁴ Cass. soc., 27 mai 2009, n° 08-43.137, CSBP 2009, n° 213, p. 208, obs. F.-J. PANSIER.

⁵ Si l'entreprise compte au moins onze salariés et que le salarié avait au moins deux ans d'ancienneté, art. L. 1235-4 et L. 1235-5, C. trav.

⁶ Cass. soc. 12 juin 2012, préc.

⁷ Art. L. 1233-67, C. trav.

⁸ Cass. soc., 5 mai 2010, Bull. civ. V, n° 104.

⁹ Cass. soc., 5 mai 2010, préc.

à cet organisme des allocations versées au salarié¹. Le salarié ayant accepté un contrat de sécurisation professionnelle devrait également pouvoir contester l'application de l'ordre des licenciements² ainsi que le respect par l'employeur de son obligation de reclassement³.

805. Rupture d'un commun accord résultant de l'adhésion au dispositif. Si l'article L. 1233-67 du Code du travail dispose que l'acceptation du contrat de sécurisation professionnelle emporte rupture du contrat de travail, il ne qualifie pas la rupture alors même que l'ANI du 31 mai 2011 énonce quant à lui que « *le contrat est rompu du fait du commun accord des parties* »⁴. La rupture prend effet au terme du délai de réflexion, elle ne donne droit ni à préavis, ni à l'indemnité correspondante⁵. En effet, l'employeur est tenu de verser à Pôle emploi une somme correspondant à l'indemnité de préavis que le salarié aurait perçue s'il n'avait pas adhéré au dispositif, dans la limite de trois mois de salaire⁶. Ainsi, les salariés dont l'indemnité de préavis aurait été supérieure à trois mois doivent percevoir la fraction de l'indemnité excédentaire. De même, les salariés ayant moins d'un an d'ancienneté qui auraient eu droit à l'exécution d'un préavis en cas de refus du contrat de sécurisation professionnelle, doivent recevoir l'indemnité compensatrice correspondante. L'adhésion au dispositif ne prive en revanche aucun salarié du bénéfice de l'indemnité de licenciement⁷, ni du droit à d'éventuelles indemnités conventionnelles qui aurait été dues à l'issue du préavis en cas de licenciement pour motif économique.

Par ailleurs, s'il appartient à l'employeur, en application de l'article L. 1233-4 du Code du travail, de tenter de reclasser le salarié, l'acceptation par ce dernier d'un contrat de sécurisation professionnelle devrait emporter renonciation de sa part aux propositions de reclassement qui lui ont été faites, à l'instar de ce que décidait la Cour de cassation en matière

¹ Art. L. 1235-4, C. trav.

² La Cour de cassation s'est en effet prononcée en ce sens dans un avis du 7 avril 2008 (Cass. avis, 7 avr. 2008, JCP S 2008, n° 24, 1335, note P.-Y. VERKINDT), confirmé par un arrêt du 27 mai 2009 (Cass. soc., 27 mai 2009, n° 08-42.750, inédit).

³ Cass. soc., 7 juil. 2009 préc

⁴ ANI du 31 mai 2011, art. 9. La rupture du contrat était également réputée intervenue d'un commun accord en cas d'acceptation d'une convention de conversion, d'une convention de reclassement personnalisé ou d'un contrat de transition professionnelle.

⁵ Sauf si par la suite la rupture est déclarée sans cause réelle et sérieuse.

⁶ Contre deux pour la convention de reclassement personnalisé

⁷ S'agissant des modalités de calcul de l'indemnité de licenciement la Cour de cassation est venue préciser que dans la mesure où l'acceptation d'une convention de reclassement personnalisé donne lieu à une rupture ne comportant pas de préavis, l'indemnité de licenciement doit être calculée en tenant compte de l'ancienneté acquise par le salarié au jour de la rupture de son contrat, décision transposable au contrat de sécurisation professionnelle à notre sens. Cass. soc., 2 déc. 2009, n° 08-44.656, inédit.

de convention de reclassement personnalisé¹. De même, il semble vraisemblable que la Cour de cassation appliquera au contrat de sécurisation professionnelle la solution dégagée en matière de convention de reclassement personnalisé imposant à l'employeur d'offrir aux salariés adhérents le bénéfice des dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi, à l'exception de celles ayant le même objet².

806. Exécution du contrat de sécurisation professionnelle. Lorsque le salarié adhère au dispositif, la rupture de son contrat est effective au terme du délai de réflexion et l'exécution du contrat de sécurisation professionnelle débute le lendemain. L'objet du contrat de sécurisation professionnelle est d'offrir aux salariés, pendant douze mois maximum, un accompagnement personnalisé afin de lui permettre de retrouver au plus vite une activité professionnelle, le cas échéant par le biais d'une reconversion ou d'une création d'entreprise. Le bénéficiaire de la convention a le statut de stagiaire de la formation professionnelle, il conserve la qualité d'assuré social³, et perçoit une allocation de sécurisation professionnelle⁴. L'accompagnement du bénéficiaire d'un contrat de sécurisation professionnelle est confié au Pôle emploi qui peut le déléguer à d'autres opérateurs concourant au service public de l'emploi dans le bassin concerné. En effet, à l'instar du contrat de transition professionnelle, le contrat de sécurisation professionnelle repose sur un ancrage et un pilotage territorial de nature à renforcer l'efficacité du dispositif en prenant compte les spécificités du marché du travail local.

807. Entretien de pré-bilan. Cet accompagnement débute par un entretien individuel de pré-bilan destiné à examiner les capacités professionnelles de l'adhérent, à identifier son

¹ En matière de convention de reclassement personnalisé, V. Cass. soc., 9 fév. 2010, n° 08-45.045, inédit ; Cass. soc., 28 sept. 2011, Bull. civ. V, n° 198 ; JCP S 2012, 1029, note A. LOUVET.

² Cass. soc., 23 mai 2000, Bull. civ. V, n° 197 ; D. 2000, IR. 169 ; Dr. soc. 2000, p. 792, obs. G. COUTURIER.

³ Les adhérents à un contrat de sécurisation professionnelle conservent la qualité d'assuré social et voient leurs droits aux prestations du régime obligatoire d'assurance maladie, maternité, invalidité et décès maintenus sans qu'aucune cotisation ne soit due (Art. L. 311-5, L. 131-2, et L. 137-1, CSS.). En outre, est offerte aux bénéficiaires de l'allocation de sécurisation professionnelle une couverture au titre du risque professionnel pour les accidents du travail et de trajet survenus par le fait, ou à l'occasion, d'actions favorisant leur reclassement, sans qu'aucune cotisation ne soit due à ce titre (Art. L. 412-8, 2°, e, CSS.). Les périodes indemnisées au titre de cette allocation sont comptabilisées en vue de l'ouverture du droit à pension de vieillesse (Art. L. 351-6, 2°, CSS.), les dépenses étant prises en charge par le Fonds de solidarité vieillesse (Art. L. 135-2, CSS.). Est également prévu le financement par l'assurance-chômage de points de retraite complémentaire au bénéfice des salariés adhérents à un contrat de sécurisation professionnelle selon les mêmes modalités que les bénéficiaires de l'assurance-chômage.

⁴ Cette allocation est perçue par le salarié bénéficiaire du contrat de sécurisation professionnelle dès le lendemain de la rupture de son contrat de travail. Aucun délai de carence, ni différé d'indemnisation n'est institué à l'instar des dispositions en vigueur en matière de convention de reclassement personnalisé et de contrat de transition professionnelle. Les salariés ayant un an d'ancienneté au moins avant la rupture bénéficient d'une allocation d'un montant égal à 80 % du salaire journalier de référence durant les douze mois d'exécution du contrat. Quant aux salariés dont l'ancienneté est inférieure, ils perçoivent une indemnité dont le montant est égal à celui de l'allocation d'aide au retour à l'emploi qu'ils auraient eue s'ils n'avaient adhéré au dispositif.

profil et à établir son projet de reclassement. Cet entretien de pré-bilan peut conduire, si nécessaire, à un bilan de compétences. Surtout, c'est au cours de cet entretien que sera élaboré le plan de sécurisation professionnelle qui formalise les relations entre le Pôle emploi et l'adhérent. Ce document énonce les prestations d'accompagnement dont l'adhérent bénéficiera pour favoriser son reclassement ainsi que les emplois qu'il recherche en priorité. Il récapitule les obligations de l'adhérent qui sont, peu ou prou, celles de tout demandeur d'emploi indemnisé par le Pôle emploi¹, et celles de Pôle emploi qui s'engage à offrir un conseil personnalisé pour accélérer le reclassement du salarié, à lui verser une allocation spécifique et à donner toute information utile sur les droits et aides prévus par le contrat de sécurisation professionnelle.

808. Plan de sécurisation professionnelle. Les mesures prévues dans le cadre de ce plan sont des actions d'accompagnement telles que celles qui existaient pour les bénéficiaires des dispositifs antérieurs : bilan de compétences, suivi de l'intéressé par un conseiller personnel, mesures d'appui social et psychologique, actions d'orientation tenant compte du marché local de l'emploi, mesures d'accompagnement, actions de validation des acquis de l'expérience et/ou de formation. La mise en œuvre de ces différentes mesures est effectuée par le Pôle emploi ou tout organisme participant au service public de l'emploi. Les actions de formation offertes au titre du contrat de sécurisation professionnelle sont censées permettre un retour rapide dans un emploi durable, notamment en préparant à des métiers pour lesquels un besoin de main-d'œuvre existe dans leur secteur initial ou dans d'autres secteurs qui recrutent².

809. Périodes de travail. À l'instar de l'adhérent au contrat de transition professionnelle, le bénéficiaire d'un contrat de sécurisation professionnelle peut être amené à accomplir un travail salarié dans ce cadre³. Ces périodes de reprise d'une activité salariée, dont le nombre n'est désormais plus limité⁴, sont accomplies dans le cadre de CDD ou de

¹ *Id est* rechercher à temps plein un emploi, réaliser les actions prévues dans le cadre des prestations d'accompagnement convenues, donner suite à toute offre d'emploi conforme et se présenter aux convocations.

² Si l'action de formation n'est pas achevée au terme du contrat de sécurisation professionnelle, elle se poursuit dans le cadre du projet personnalisé d'accès à l'emploi, le bénéficiaire étant inscrit comme demandeur d'emploi au terme du contrat.

³ Les modalités de reprise d'une activité professionnelle dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle ont été modifiées par l'avenant du 3 février 2012 : Avenant n° 1, du 3 février 2012, portant modification de l'article 13 de la convention du 19 juillet 2011 relative au contrat de sécurisation professionnelle.

⁴ Sous l'empire des dispositions de la convention du 19 juillet 2011 les périodes de travail étaient limitées à deux maximum.

contrats de mission d'une durée minimale de quatorze jours¹. Ces contrats peuvent être renouvelés une seule fois avec le même employeur ou la même entreprise utilisatrice étant précisé le cumul total des périodes d'activité professionnelle peut être compris, « *au maximum, entre quatre et six mois* »². L'adhérent au contrat de sécurisation professionnelle, qui effectue une période de travail dans ce cadre, est alors salarié de l'entreprise qui l'emploie et conserve, cela va de soi, la qualité d'assuré social³. Si le montant de la rémunération des périodes travaillées est inférieur à l'allocation de sécurisation professionnelle, le salarié a droit au versement d'une allocation compensant cette différence.

Ainsi, tout au long de l'exécution du contrat, l'adhérent bénéficie d'un accompagnement renforcé et d'actions destinées à lui permettre une insertion professionnelle rapide dans un emploi durable, et ce pendant douze mois.

810. Fin du contrat de sécurisation professionnelle. Le contrat de sécurisation professionnelle prend fin du fait de la survenance de son terme⁴, ou parce que le salarié a manqué à l'une de ses obligations⁵, ou encore parce qu'il a retrouvé un emploi durable ou a créé ou repris une entreprise⁶. À ce titre, si sous l'empire des dispositifs précédents était considéré comme durable l'emploi donnant lieu à la conclusion d'un CDI ou d'un CDD ou d'un contrat de mission d'au moins six mois, désormais un contrat de seulement trois mois est considéré comme offrant au salarié un emploi durable, mettant fin au contrat de sécurisation professionnelle... Si en contrepartie de cet emploi « durable » le salarié perçoit une rémunération inférieure d'au moins 15 % à celle de son précédent emploi, pour un nombre d'heures identique, il a droit à une indemnité différentielle de reclassement compensant la perte de revenu subie par le salarié. Elle est versée mensuellement, à terme échu, pour une

¹ Contre un mois sous le régime antérieur.

² Six mois était également la durée maximale d'activité professionnelle dans le cadre du contrat de transition professionnelle. Avant l'avenant du 3 février 2012, la durée maximale des périodes de travail dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle était de trois mois.

³ Ainsi, pendant l'exécution du contrat de sécurisation professionnelle, le salarié est soit stagiaire de la formation professionnelle, soit titulaire d'un emploi précaire et est donc exclu de la catégorie des « chômeurs » ce qui permet d'améliorer les statistiques de manière artificielle, en ce sens, T. LAHALLE, article précité.

⁴ Si au terme du contrat de sécurisation professionnelle dont la durée maximale est de douze mois, le salarié n'a pas retrouvé d'emploi, il peut s'inscrire comme demandeur d'emploi auprès du Pôle emploi et bénéficie alors de l'allocation d'aide de retour à l'emploi. Il y a droit dès son inscription sans différé d'indemnisation, ni délai de carence. Le versement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi sera dans cette hypothèse réduit du nombre de journées indemnisées au titre du contrat de sécurisation professionnelle.

⁵ Le salarié peut ainsi perdre le bénéfice du contrat de sécurisation professionnelle avant l'échéance de son terme en cas de manquement à ses engagements notamment s'il refuse une action de reclassement ou ne s'y présente pas, ou s'il refuse à deux reprises une offre raisonnable d'emploi. En outre, le fait d'avoir fait des déclarations inexactes ou présenté des attestations mensongères dans le but de bénéficier indûment du contrat de sécurisation professionnelle entraîne la perte définitive du bénéfice de ce dernier.

⁶ De même, si au cours du contrat de sécurisation professionnelle le bénéficiaire est éligible à une pension de retraite à taux plein le contrat prend fin.

durée maximale de douze mois et dans la limite d'un montant total plafonné à 50 % des droits résiduels à l'allocation de sécurisation professionnelle.

Afin d'atténuer l'impact de la perte de leur emploi consécutive à la restructuration de l'entreprise, les salariés licenciés pour motif économique bénéficient donc, dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle, d'un accompagnement renforcé dans leur recherche d'emploi, de nature à faciliter leur réinsertion sur le marché du travail. La formation offerte aux salariés développe leur employabilité et ainsi leurs chances de retrouver rapidement une activité professionnelle salariée ou non. La prise en compte des réalités du bassin d'emploi concerné, la recherche d'une adéquation entre les formations dispensées et les besoins de main d'œuvre sur le marché local du travail devraient permettre un retour à l'emploi relativement rapide des salariés « victimes » des restructurations. À ce titre, le rapport de l'Inspection générale des affaires sociales dressant un premier bilan du contrat de sécurisation professionnelle met en exergue ses résultats plutôt positifs¹. Il ressort de cette étude que le contrat de sécurisation professionnelle « contribue à la sécurisation de l'emploi que les partenaires sociaux et le Gouvernement ont souhaité proposer aux salariés privés d'emploi pour motif économique »². Ainsi, il quadruplerait l'accès à la formation par rapport aux autres demandeurs d'emplois, puisque 40 % des bénéficiaires du contrat de sécurisation professionnelle suivent une formation dans un délai moyen de trois mois et demi après leur adhésion au dispositif, contre 9,2 % des autres demandeurs d'emploi ; 54 % des bénéficiaires du contrat de sécurisation professionnelle ont obtenu un CDI et 12,5 % un CDD de plus de six mois, tandis que 11,7 % d'entre eux ont créé ou repris une entreprise³. Au total, seulement 2,3 % des adhérents au contrat de sécurisation professionnelle qui ont bénéficié du dispositif pendant douze mois le quittent sans avoir repris une activité professionnelle salariée ou non⁴. Le rapport souligne également le rôle majeur du dispositif comme outil de reconversion

¹ P. DOLE, *Le contrat de sécurisation professionnelle : Premier bilan d'un dispositif individualisé de retour à l'emploi et d'accès à la formation, analyses et préconisations*, rapport réalisé pour l'inspection générale des affaires sociales, rendu le 18 avril 2013, RM2012-163P ; rapport consultable à l'adresse suivante : http://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/RM2012-163P_DEF.pdf ; sur ce rapport V. SSL 2013, n° 1583, « Le CSP : une réussite à valoriser ».

² P. DOLE, rapp. préc.

³ P. DOLE, rapp. préc.

⁴ 10,5 % des adhérents au contrat de sécurisation professionnelle quittent le dispositif pour d'autres raisons : rupture anticipée sanctionnant le non respect des engagements, abandon, perception d'une pension de retraite à taux plein, etc. ; P. DOLE, rapp. préc.

puisque 42 % de ses bénéficiaires suivent une formation correspondant à un changement de métier¹.

Réservé aux entreprises de petite ou moyenne envergure et à celles soumises à une procédure collective quelle que soit leur taille, le contrat de sécurisation professionnelle cède la place au congé de reclassement ou au congé de mobilité, lorsque l'effectif de mille salariés est franchi par l'entreprise ou le groupe et que la structure est *in bonis*.

C - Les congés de reclassement et de mobilité.

811. Les entreprises *in bonis* employant au moins mille salariés ou appartenant à un groupe dont l'effectif franchit ce seuil doivent proposer aux salariés dont elles envisagent le licenciement pour motif économique le bénéfice d'un congé de reclassement (1), ou, à condition qu'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences le prévoie, un congé de mobilité (2).

1 - Le congé de reclassement.

812. Champ d'application. Sont tenues de proposer le bénéfice d'un congé de reclassement aux salariés dont elles envisagent le licenciements pour motif économique, les entreprises occupant au moins mille salariés, ainsi que celles appartenant à un groupe soumis à l'obligation de mise en place d'un comité de groupe², dont l'effectif cumulé est au moins égal à mille salariés³, qu'ils travaillent en France ou à l'étranger. De même, sont assujettis à l'obligation de proposer un congé de reclassement, toutes les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire, assujettis à l'obligation d'instituer un comité d'entreprise européen⁴, employant au moins mille salariés. Sont toutefois exclues du

¹ P. DOLE, rapp. préc.

² Il est donc exigé que le siège social de l'entreprise dominante se situe en France, V. art. L. 2331-1 du Code du travail.

³ Le seuil d'effectifs de 1000 salariés s'apprécie selon les articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail, en moyenne annuelle sur les 12 derniers mois précédant le début de la procédure de cause (soit la première réunion des représentants du personnel au titre de l'information consultation sur la restructuration ou, le cas échéant l'entretien préalable au licenciement).

⁴ Le renvoi opéré par l'article L. 1233-71 au seul article L. 2341-4, à l'exclusion des articles L. 2341-1 à L. 2341-3, pourrait laisser penser que tous les groupes et entreprises de dimension communautaire occupant au moins 1000 salariés sont concernés, sans que n'intervienne les restrictions relatives d'une part à la nécessité

dispositif, les entreprises à l'encontre desquelles est ouverte une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, quelle que soit leur taille¹.

Tout salarié dont le licenciement pour motif économique est envisagé par une entreprise assujettie à l'obligation de proposer le congé de reclassement a droit au bénéfice de ce dispositif. Il n'existe ni condition d'ancienneté, ni condition d'affiliation à l'assurance-chômage.

813. Proposition du congé de reclassement. L'employeur doit informer et consulter le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel sur la mise en œuvre du congé, dans le cadre de la procédure de licenciement collectif². S'il est tenu d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, les conditions de mise en œuvre du congé de reclassement doivent être fixées dans le plan adopté³.

L'employeur est tenu d'informer le salarié dont il envisage le licenciement pour motif économique des conditions de mise en œuvre du congé de reclassement, soit lors de l'entretien préalable lorsqu'il est obligatoire, soit à l'issue de la dernière réunion des représentants du personnel dans le cas inverse⁴. Il appartient à l'employeur de proposer au salarié le bénéfice du congé de reclassement dans la lettre de licenciement⁵. Le salarié dispose alors d'un délai de huit jours à compter de la notification de cette lettre pour accepter ou refuser le congé de reclassement⁶. Son silence à l'expiration du délai équivaut à un refus du congé de reclassement⁷. S'il accepte le bénéfice du congé, celui-ci débute à l'expiration du délai de huit

d'employer au moins 150 salariés dans deux États membres de l'Union européenne participant à l'accord sur la politique sociale annexé au traité de l'Union, ou dans les États membres de l'espace économique européen, et d'autre part, à la nécessité que l'entreprise dominante du groupe ait son siège social en France. Pourtant, ces deux restrictions s'appliquent aux termes de la circulaire du 15 avril 2003 précisant le champ d'application du congé de reclassement notamment. (Circ. DGEFP/DRT n° 2003-07, du 15 avr. 2003). Il convient de noter que cette définition du groupe de dimension communautaire est différente de celle qui fut adoptée par la circulaire précédente du 5 mai 2002 (Circ. DGEFP/DRT/DSS n°2002/1). En réalité l'interprétation, qualifiée d'« illégale » par Patrick MORVAN (*opus* précité, p. 757), adoptée par la circulaire de 2003, s'explique par la volonté politique affichée de contraindre « les groupes de taille significative et dont l'assise leur permet de disposer de moyens importants » à financer des actions de reclassement sur le territoire français, interprétation finalement retenue par le législateur de 2006, (loi n° 2006-1270 du 30 déc. 2006, art. 48, II, précitée).

¹ Art. L. 1233-75, C. trav.

² Art. R. 1233-17, C. trav.

³ Art. R. 1233-18, C. trav., l'employeur doit adresser à ce titre aux représentants du personnel un document précisant les conditions de mise en œuvre du congé de reclassement.

⁴ Art. R. 1233-19, C. trav.

⁵ Art. R. 1233-20, C. trav.

⁶ Art. R. 1233-21, C. trav. Il convient d'indiquer que jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, l'employeur devait, en cas de refus du congé de reclassement par le salarié, lui proposer, à titre subsidiaire, le bénéfice de la convention de reclassement personnalisé. Ce n'est désormais plus le cas, les champs d'application respectifs des deux dispositifs sont désormais totalement étanches.

⁷ Art. R. 1233-21, C. trav.

jours courant à compter de la notification du licenciement¹. Ainsi, à la différence du salarié ayant accepté un contrat de sécurisation professionnelle ou un congé de mobilité, la rupture du contrat d'un salarié acceptant un congé de reclassement est un licenciement pour motif économique, non une rupture réputée intervenue d'un commun accord.

814. Exécution du congé de reclassement. Le congé de reclassement offre aux salariés le bénéfice « *d'actions de formation et des prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi* »². L'objectif assigné à ce dispositif est identique à celui du contrat de sécurisation professionnelle : favoriser la réinsertion professionnelle du salarié licencié pour motif économique³.

815. Définition du projet professionnel du salarié et des actions nécessaires à sa mise en œuvre. Lorsque le salarié accepte le congé de reclassement, un entretien d'évaluation et d'orientation est réalisé par la cellule d'accompagnement pour déterminer son projet de reclassement professionnel et ses modalités de mise en œuvre⁴. À l'issue de cet entretien la cellule remet à l'employeur et au salarié un document définissant le contenu et la durée des actions qui seront mises en œuvre pour favoriser son reclassement professionnel⁵.

Lorsque l'entretien n'a pas permis d'élaborer un projet professionnel de reclassement, la cellule d'accompagnement informe le salarié qu'il peut bénéficier du bilan de compétences prévu par l'article L. 1233-71 du Code du travail⁶. Ce bilan doit aider le salarié à élaborer son projet professionnel en prévoyant, le cas échéant, les actions de formation nécessaires à sa réalisation ainsi que celles permettant au salarié de faire valider les acquis de son expérience. Si le salarié bénéficie de tels dispositifs, l'organisme qui a réalisé le bilan de compétences transmet à la cellule les informations relatives à la nature, la durée et la mise en œuvre de ces mesures de formation. Au vu de ces renseignements, la cellule établit un document précisant le contenu et la durée des mesures destinées à favoriser la réinsertion professionnelle du salarié qu'elle lui transmet ainsi qu'à l'employeur⁷. Il appartient alors à l'employeur de

¹ Art. R. 1233-22, C. trav.

² Art. L. 1233-71, C. trav.

³ Art. R. 1233-23, C. trav.

⁴ Art. R. 1233-27, C. trav.

⁵ Art. R. 1233-27, C. trav.

⁶ Ce bilan est réalisé après la conclusion d'une convention tripartite signée entre le salarié bénéficiaire, l'employeur et l'organisme prestataire des bilans de compétences selon les modalités des articles R. 6322-32 et suivants du Code du travail ; art. R. 1233-35, C. trav.

⁷ Art. R. 1233-27, C. trav.

préciser dans un document remis au salarié : le terme du congé, les prestations de la cellule auxquelles il peut prétendre et le cas échéant la nature précise des actions de formation ou de validation de l'expérience dont il peut bénéficier, ainsi que l'organisme prestataire de ces dernières¹.

816. *Durée du congé de reclassement.* La durée du congé de reclassement est fonction de la situation de chaque salarié : de son projet de reclassement professionnel, des difficultés auxquelles il est confronté pour le mettre en œuvre, des actions prévues pour développer son employabilité, etc. C'est l'employeur qui fixe la durée du congé qui doit être comprise entre quatre et douze mois au cours desquels le salarié peut également faire valider les acquis de son expérience et, depuis la loi du 28 juillet 2011², effectuer des périodes de travail dans le cadre de CDD ou de contrats de mission³. Ce n'est qu'avec l'accord exprès du salarié que la durée du congé peut être inférieure à quatre mois. Si le salarié bénéficie d'une mesure de formation professionnelle ou de validation des acquis de l'expérience, la durée du congé devra au moins couvrir celle du dispositif, sans pour autant pouvoir excéder douze mois⁴. Toutefois, Patrick MORVAN relève que « dans nombre d'entreprises la durée du congé de reclassement dépasse le délai maximal de douze mois »⁵. Le congé de reclassement se déroule pendant le préavis que le salarié est dispensé d'exécuter. Si sa durée excède celle du préavis, le terme du préavis est reporté à l'issue du congé⁶.

¹ Il informe également dans ce document le salarié de ses droits et obligations et notamment de celle de donner suite aux convocations qui lui sont adressées par la cellule d'accompagnement. De même, il précise la rémunération qui sera versée au salarié pour la période du congé excédant la durée du préavis, sans omettre de mentionner les engagements du salarié pendant le congé, ainsi que les conditions de rupture de ce dernier (art. R. 1233-28, C. trav.). Ce document est établi en double exemplaire dont l'un est remis au salarié (art. R. 1233-29, C. trav.). La date de remise au salarié de ce document formalisant les conditions de congé étant le point de départ du délai imparti au salarié pour le signer (art. R. 1233-30, C. trav.), il est conseillé que l'employeur le remette contre récépissé afin de se ménager une preuve.

² En effet, prenant acte des bons résultats du contrat de transition professionnelle en termes de réinsertion professionnelle des salariés licenciés pour motif économique, la loi du 28 juillet 2011 a introduit la possibilité que soient accomplies des périodes de travail au cours du congé de reclassement. Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, JO du 29 juillet 2011, p. 12914.

³ Art. R. 1233-31 du Code du travail. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, la durée maximale du congé de reclassement était de neuf mois. Partenaires sociaux et administration du travail souhaitaient qu'elle soit allongée à douze mois pour aligner la durée maximale du congé de reclassement sur celle du contrat de sécurisation professionnelle, ce que fit la loi du 14 juin 2013. ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 21 ; Instr. DGEFP, n° 2010-24, du 21 oct. 2010, JCP S 2011, act. 427 ; Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc.

⁴ Art. R. 1233-31 du Code du travail.

⁵ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 760.

⁶ Art. L. 1233-72, C. trav.

817. Rémunération. Pendant la durée du congé correspondant au préavis, l'employeur verse au salarié la rémunération mensuelle qu'il aurait perçue s'il avait exécuté son préavis. À ce titre, « *si l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement entraîne la nullité du congé, le salarié licencié ne peut prétendre au paiement d'une indemnité de préavis et de l'indemnité de congés payés s'y rapportant que sous déduction des sommes reçues à ce titre pendant la durée du congé* »¹. Pendant la période du congé excédant le préavis, le salarié bénéficie d'une rémunération mensuelle versée par l'employeur au moins égale à 60 % de la rémunération brute des douze derniers mois et à 85 % du SMIC². Pour la période excédant le préavis, le salarié conserve la qualité d'assuré social et bénéficie du maintien aux droits des prestations en nature et en espèces du régime obligatoire d'assurance maladie maternité, invalidité et décès. Il conserve également, à l'instar des salariés adhérant à un contrat de sécurisation professionnelle, le bénéfice d'une couverture en cas d'accident du travail ou de trajet survenu dans le cadre des actions du congé de reclassement.

818. Suivi des actions définies par la cellule d'accompagnement. Pendant toute la durée du congé, le salarié est tenu d'accomplir les actions définies dans le document d'information remis par l'employeur en vertu de l'article R. 1233-28 du Code du travail et de participer aux actions organisées par la cellule d'accompagnement³. Ces actions, dont la nature varie en fonction du projet professionnel du salarié, doivent lui permettre d'acquérir les compétences nécessaires pour le mener à bien. S'il n'exécute pas les actions mentionnées à l'article R. 1233-33 du Code du travail, ou s'il ne se présente pas aux entretiens auxquels il est convoqué par la cellule, l'employeur doit lui notifier une mise en demeure de respecter ces obligations⁴, en précisant qu'à défaut de s'y conformer, le congé de reclassement sera rompu. Si cette mise en demeure reste sans effet, l'employeur notifie au salarié la fin du congé de reclassement.

819. Fin du congé de reclassement. Au-delà de l'inexécution par le salarié de ses obligations, le congé de reclassement prend fin s'il retrouve un emploi en dehors des

¹ Cass. soc., 17 déc. 2013, n° 12-27.202, à paraître au Bulletin, JCP S 2014, act. 16 ; JCP S 2014, 1096, note L. DRAI.

² Art. R. 1233-32 du Code du travail. Cette rémunération est assujettie à une cotisation d'assurance vieillesse prise en charge par le Fonds solidarité vieillesse et à une cotisation d'assurance maladie, maternité, invalidité, et décès prélevée sur les revenus de remplacement. Le taux de cette cotisation est de zéro.

³ Art. R. 1233-33, C. trav.

⁴ Art. R. 1233-34, C. trav.

prévisions de l'article L. 1233-72-1 du Code du travail relatif aux périodes de travail incluses dans le congé de reclassement. Dans une telle hypothèse, il en informe son employeur par lettre recommandée avec accusé de réception en précisant la date à laquelle son embauche prend effet. La date de présentation de cette lettre fixe la fin du congé de reclassement¹. Par ailleurs, et en toute logique, le congé de reclassement s'achève également à la survenance de son terme. L'indemnité de licenciement est alors versée au salarié sans que soit prise en compte, dans la détermination de l'ancienneté servant de base au calcul de cette indemnité, la période du congé de reclassement excédant la durée normale du préavis. À l'issue du congé de reclassement, si le salarié n'a pas retrouvé d'emploi, il pourra s'inscrire auprès du Pôle emploi en tant que demandeur d'emploi et obtenir le versement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi.

Le congé de reclassement permet donc au salarié licencié pour motif économique de bénéficier d'un accompagnement dans sa recherche d'emploi, et d'actions de formation de nature à développer son employabilité et à favoriser ainsi son reclassement. À la différence du contrat de sécurisation professionnelle, le congé de reclassement implique une importante participation financière de l'entreprise puisque non seulement elle rémunère le salarié pendant la durée du congé, mais elle assume également le coût des différentes actions mises en œuvre par la cellule d'accompagnement. Les entreprises assujetties au congé de reclassement peuvent en lieu et place de ce dernier proposer aux salariés le bénéfice d'un congé de mobilité, à condition que ce dispositif soit prévu par un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

¹ Si le préavis était suspendu, cette lettre fixe le terme de cette suspension ; art. R. 1233-36, C. trav.

820. Dispositif encadré par un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. À l'instar des autres dispositifs proposés aux salariés menacés de licenciement pour motif économique, l'objet du congé de mobilité est de « *favoriser le retour à un emploi stable par des mesures d'accompagnement, des actions de formation et des périodes de travail* »¹. Le congé de mobilité peut être proposé aux salariés dont la rupture du contrat pour motif économique est envisagée par une entreprise assujettie à l'obligation de leur proposer un congé de reclassement. À la différence de ce dernier, le congé de mobilité est un dispositif facultatif qui nécessite la conclusion préalable d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences définissant ses modalités de mise en œuvre.

À une époque où la proximité dans le Code du travail entre les dispositions afférentes à la négociation relative à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et celles encadrant le licenciement pour motif économique créait déjà une ambiguïté sur les liens entre ces mesures², l'association « gestion prévisionnelle des emplois et des compétences/congé de mobilité » est venue renforcer davantage le flou entourant leurs relations³. On a ainsi pu s'interroger sur la nature du congé de mobilité. En effet, si ce n'est pas seulement un dispositif d'accompagnement des salariés dont l'emploi est menacé, mais qu'il s'agit d'une mesure de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, cela implique que l'employeur pourrait en proposer le bénéfice en dehors de toute procédure de licenciement pour motif économique, ce qui faisait craindre à certains que le congé de mobilité devienne un moyen d'éluder le droit du licenciement pour motif économique⁴. Ce risque a été écarté par le Conseil constitutionnel qui a affirmé que le congé de mobilité n'est « *pas une nouvelle forme de rupture du contrat de travail, mais une rupture pour motif économique qui intervient d'un commun accord ; [ce qui implique que] conformément au deuxième alinéa de l'article [L.*

¹ Art. L. 1233-77 du Code du travail. B. BOUBLI, « Sécurisation des parcours professionnels et mobilité du salarié », LPA 2007, n° 29, p. 25 ; E. DURLACH, « Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit du licenciement économique », RDT 2007, p. 440 ; P. LE COHU, « Mobilité et accords sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », Gaz. Pl. 2007, n° 275, p. 7 ; A. TEISSIER, « Le congé de mobilité », Numéro spécial « Le droit conventionnel du licenciement économique » (1^{ère} partie), sous la direction de B. BOUBLI, Gaz. Pal. du 14 août 2007, p. 32 ; R. VATINET, « Nouveaux cadres juridiques pour des parcours professionnels diversifiés », JCP S 2007, n° 9, 1131.

² En effet, avant la recodification, les dispositions relatives à la négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences figuraient dans un chapitre préliminaire du titre III sur l'Emploi qui précédait le chapitre 1^{er} consacré au licenciement pour motif économique. La Commission de recodification a pris le soin de déplacer les dispositions relatives à la négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans le chapitre consacré à la négociation obligatoire en entreprise, art. L. 2242-15 et s., C. trav.

³ En ce sens, E. DURLACH, art. préc.

⁴ En ce sens, E. DURLACH, art. préc.

1233-3], *l'ensemble des garanties prévues pour les salariés licenciés pour motif économique par le (...) code du travail trouve à s'appliquer* »¹. Ainsi, le congé de mobilité ne peut être mis en œuvre en dehors d'un projet de restructuration impliquant le prononcé de ruptures pour motif économique. Si les modalités de mise en œuvre du congé de mobilité doivent être définies dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, il ne constitue pas pour autant une mesure de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences à proprement parler, même s'il permet de traiter un problème de sureffectif participant en quelque sorte à la gestion des ressources humaines.

821. Définition conventionnelle des modalités de mise en œuvre du congé de mobilité. Les partenaires sociaux disposent d'une grande latitude pour déterminer les modalités de mise en œuvre du congé de mobilité. À ce titre, sous réserve de respecter les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement, l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences peut déterminer les conditions que doivent remplir les salariés pour pouvoir prétendre au bénéfice du congé de mobilité. L'accord peut ainsi fixer des conditions d'ancienneté, d'appartenance à certaines catégories professionnelles pour y être éligible ou en réserver le bénéfice aux salariés de certains établissements de l'entreprise ou occupant des emplois menacés, etc. De même, si le législateur a prévu que le congé de mobilité s'exécute durant le préavis que le salarié est dispensé d'exécuter², il laisse le soin aux partenaires sociaux de déterminer la durée du congé qui, à l'instar de celle du congé de reclassement, pourrait varier selon la situation du salarié, son projet de reclassement professionnel, les actions à mettre en œuvre pour l'accompagner dans la réalisation de ce projet, etc.

De même, le contenu des actions susceptibles d'être mobilisées dans le cadre d'un congé de mobilité est librement fixé par les partenaires sociaux, ce qui peut ainsi permettre de mettre en place un dispositif adapté aux réalités de l'entreprise et aux caractéristiques de son personnel, en tenant compte de la situation économique de l'entreprise, de ses besoins en termes d'emplois et de qualifications, mais également des difficultés rencontrées par certains salariés dont l'employabilité doit être développée et les compétences et les qualifications renforcées pour accroître leurs chances de retrouver rapidement, et dans les meilleures

¹ Cons. const., n° 2006-545 DC, du 28 déc. 2006, Participation et actionnariat salarié, cons. 17, JO du 31 déc. 2006 ; sur cette décision V. J.-E. SCHOETTL, « La loi « pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social » devant le Conseil constitutionnel », LPA, 8 fév. 2007, n° 29, p. 37.

² L. 1233-79, C. trav.

conditions possibles, une activité professionnelle, salariée ou non. Prendre en considération les spécificités du personnel de l'entreprise pour définir les actions de formation, de reconversion, d'aide à la reprise d'entreprise, de validation des acquis de l'expérience ou d'aide à la recherche d'emploi, devrait permettre l'instauration d'un dispositif efficace d'accompagnement social des salariés dont le licenciement pour motif économique est envisagé. Toutefois, à l'heure actuelle aucune étude n'indique le nombre de salariés ayant bénéficié de ce dispositif depuis son instauration, ni ses résultats en terme de réinsertion professionnelle, ce qui s'explique sans doute par le fait que les pouvoirs publics ne sont pas impliqués dans l'exécution du congé de mobilité qui repose sur un fondement conventionnel et dont la mise en œuvre est réalisée au niveau de l'entreprise.

Aux termes de l'article L.1233-78 du Code du travail, les partenaires sociaux sont donc libres de déterminer les mesures d'accompagnement et les actions de formation auxquelles peuvent prétendre les salariés ayant accepté un congé de mobilité. À ce titre, il semble probable que soit prévue l'association de dispositifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, de mesures d'accompagnement et d'actions de formation. L'accord pourrait définir des modalités spécifiques d'accès au plan de formation de l'entreprise dédiées aux salariés en congé mobilité. Pourrait ainsi être prévu, au bénéfice du salarié en congé mobilité, le suivi de formations permettant d'acquérir les compétences et qualifications requises pour pourvoir des postes pour lesquels l'entreprise, ou le groupe, est confronté à une pénurie de main-d'œuvre. La liberté des signataires de l'accord sur ce point est totale, comme pour l'organisation des périodes de travail.

L'article L. 1233-78 du Code du travail dispose, en effet, que ces périodes peuvent donner lieu à la conclusion d'un CDI ou d'un CDD en application de l'article L. 1242-3 dudit code. Ces périodes de travail peuvent être accomplies au sein ou en dehors de l'entreprise ayant proposé le congé. À l'instar du salarié bénéficiant d'un contrat de sécurisation professionnelle ou d'un congé de reclassement, le salarié en congé de mobilité peut donc conclure un nouveau contrat de travail pendant qu'il bénéficie du dispositif d'accompagnement. En cas de conclusion d'un CDD, le congé de mobilité est suspendu jusqu'au terme du contrat offrant ainsi au salarié après l'échéance du CDD le droit de bénéficier à nouveau des mesures d'accompagnement prévues par le congé de mobilité jusqu'au terme de celui-ci. Aucune suspension du congé n'est organisée en cas de conclusion d'un CDI, probablement pour laisser la liberté aux partenaires sociaux de décider que le congé prend fin dans cette hypothèse. À ce titre, la circulaire du 7 mai 2007 suggère que soit prévue

conventionnellement la suspension du congé jusqu'au terme de la période d'essai ; une rupture du CDI au cours de cette période permettant ainsi au salarié de bénéficier à nouveau du congé¹.

822. Proposition et acceptation du congé de mobilité. La procédure de proposition et d'adhésion au congé de mobilité doit être définie par l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. L'employeur n'est tenu de proposer le bénéfice du congé de mobilité qu'aux seuls salariés dont le licenciement pour motif économique est envisagé et qui sont éligibles au dispositif selon les conditions définies dans l'accord. À cet égard, l'accord peut prévoir que la proposition d'un congé de mobilité à destination de ces salariés est facultative. En tout état de cause, si le salarié accepte le bénéfice d'un congé de mobilité, l'employeur est dispensé de lui proposer un congé de reclassement². Dans la situation inverse, il semble que l'employeur devrait être tenu de lui proposer un congé de reclassement.

823. Rupture d'un commun accord. À l'instar des prévisions légales en matière de contrat de sécurisation professionnelle, l'acceptation du congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord³. Il semble ainsi que la jurisprudence dégagée à propos des autres dispositifs d'accompagnement des salariés, autorisant leur bénéficiaire à contester la cause de la rupture, devrait être transposée au salarié ayant accepté un congé de mobilité⁴. À ce titre, dans la mesure où les modalités de proposition du congé sont définies conventionnellement, nous ne saurions trop conseiller à l'employeur, si l'accord ne le prévoit pas, de notifier par écrit au salarié bénéficiaire du congé le motif fondant la rupture du contrat pour éviter une condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse fondée sur le non respect d'une « obligation » de forme⁵. Par ailleurs, l'adhérent au congé de mobilité devrait pouvoir réclamer le bénéfice des dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi éventuellement établi, à l'exception de celles ayant le même objet⁶, et contester le respect par

¹ Circ. DGEFP n° 2007/15, du 7 mai 2007, p. 9.

² Art. L. 1233-81, C. trav.

³ Art. L. 1233-80, C. trav.

⁴ Cass. soc., 27 mai 2009, Bull. civ. V, n° 139 ; Cass. soc. 5 mars 2008, Bull. civ. V, n° 47 ; Cass. soc., 27 janv. 2009, n° 07-44.724, inédit ; Cass. soc., 7 juil. 2009, préc.

⁵ Cass. soc., 27 mai 2009, préc.

⁶ Cass. soc., 23 mai 2000, préc.

l'employeur de l'obligation de reclassement¹ ou de l'application des critères de l'ordre des licenciements².

824. Statut du bénéficiaire du congé de mobilité. Comme en matière de congé de reclassement, le législateur a prévu que le congé de mobilité se déroule pendant le préavis que le salarié est dispensé d'exécuter. Si la durée du congé, fixée par l'accord, excède celle du préavis, le terme de ce dernier est reporté à la fin du congé³. Ainsi, pendant la durée du congé de mobilité correspondant au préavis, le salarié reçoit sa rémunération habituelle soumise à l'ensemble des cotisations et contributions sociales pendant cette période. Pour la durée du congé excédant le préavis, les partenaires sociaux sont libres de déterminer la rémunération accordée au bénéficiaire du congé de mobilité, sous réserve toutefois de respecter l'article L. 1233-83, alinéa 1^{er} du Code du travail, qui dispose que le montant de la rémunération pour la période du congé excédant le préavis est au moins égal au montant de l'allocation de conversion⁴.

Le salarié en congé mobilité conserve la qualité d'assuré social et, à l'instar des salariés bénéficiaires des autres dispositifs d'accompagnement des licenciements pour motif économique, le droit aux prestations de l'assurance maladie, maternité, invalidité, et décès. Une couverture au titre des risques professionnels survenus par le fait, ou à l'occasion des actions réalisées dans le cadre du congé, lui est également offerte. La période de versement de l'allocation est prise en compte pour l'ouverture du droit à pension de retraite⁵.

À l'issue du congé mobilité, si le salarié n'a pas retrouvé d'emploi, il pourra s'inscrire auprès du Pôle emploi et bénéficier de l'allocation d'aide au retour à l'emploi. Les modalités d'extinction anticipée du congé de mobilité doivent être définies par l'accord gestion prévisionnelle des emplois et des compétences qui devrait vraisemblablement prévoir la cessation du congé de mobilité si le salarié ne suit pas les actions de formation et

¹ Cass. soc., 7 juil. 2009, préc.

² Cass. soc., 27 mai 2009, préc.

³ Art. L. 1233-79, C. trav.

⁴ Allocation prévue au 3^o de l'article L. 5123-2 du Code du travail. Cette rémunération est soumise, dans la limite des neuf premiers mois du congé, au même régime de cotisations et de contributions sociales que celui de l'allocation versée aux bénéficiaires d'un congé de reclassement. Elle est donc, durant ces neuf premiers mois, exonérée des cotisations de sécurité sociale, mais soumise à la contribution sociale généralisée (CSG) et à la contribution pour le remboursement de la dette sociale (CRDS).

⁵ De même, à l'instar du salarié en congé de reclassement, le salarié en congé mobilité a la faculté d'acquérir des points de retraite complémentaire sous réserve de verser les cotisations afférentes calculées comme s'il avait fourni son activité dans des conditions normales. Cette possibilité doit être prévue dans le cadre d'un accord collectif conclu par l'entreprise et ouvert à tous les salariés concernés.

d'accompagnement dans la recherche d'une activité professionnelle ou s'il retrouve un emploi durable tel que défini par l'accord.

Le congé de mobilité est donc un dispositif d'accompagnement des salariés menacés de licenciement pour motif économique qui présente l'originalité de faire appel aux partenaires sociaux, qui sont le mieux à même d'élaborer des mesures susceptibles de répondre aux besoins spécifiques de l'entreprise et de ses salariés. Cet ancrage dans la réalité de l'entreprise est, sans doute, un moyen de créer des mesures sociales d'accompagnement efficaces en termes de reclassement professionnel. Toutefois, depuis la loi du 28 juillet 2011 ayant prévu la possibilité que le congé de reclassement comporte des périodes de travail, le congé de mobilité a perdu beaucoup de sa spécificité. De surcroît, élaborer des mesures adaptées aux besoins de l'entreprise et des salariés menacés de licenciement pour motif économique afin de favoriser leur réinsertion professionnelle constitue une des finalités du plan de sauvegarde de l'emploi... Il est regrettable qu'il n'existe pas de statistiques sur l'utilisation du congé de mobilité, le nombre d'accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences le prévoyant ou de salariés effectivement bénéficiaires de ce dispositif et que ne soient pas connus les chiffres permettant d'évaluer son efficacité en terme de reclassement professionnel des salariés y ayant adhéré.

Si les congés de reclassement et de mobilité n'impliquent pas de participation des pouvoirs publics dans l'accompagnement des salariés menacés de licenciements, les actions de formation, de reconversion, d'assistance à la recherche d'un emploi ou à la création/reprise d'une entreprise étant à la charge des entreprises qui se restructurent, d'autres dispositifs impliquent une contribution, au moins financière, des pouvoirs publics. En effet, les pouvoirs publics nationaux et européens ont pris conscience de la nécessité d'accompagner les salariés victimes des restructurations pour faciliter leur réinsertion sur un marché du travail en crise. L'instauration du Fonds national de l'emploi (FNE) ou du Fonds européen d'ajustement à la mondialisation (FEM) illustre ainsi la publicisation de l'accompagnement social des restructurations d'entreprises. Les pouvoirs publics, soucieux d'amoindrir les effets négatifs des restructurations d'entreprises sur la situation des salariés, mais aussi sur l'emploi ou sur l'économie d'une région, s'engagent donc activement dans l'accompagnement social de ces phénomènes.

§ 2 : Les dispositifs publics d'accompagnement collectif des restructurations.

L'implication des pouvoirs publics dans l'accompagnement social des conséquences déléteres des restructurations va croissant. L'État ne peut en effet abandonner les salariés menacés de licenciement pour motif économique du fait d'une conjoncture économique défavorable. Tenus de contribuer à l'effectivité du droit constitutionnel à l'emploi, les pouvoirs publics accompagnent ainsi les entreprises qui doivent faire face à un contexte économique difficile, en les incitant à recourir à l'activité partielle par préférence au prononcé de licenciements pour motif économique. Permettre aux entreprises de faire face aux difficultés économiques conjoncturelles en favorisant leur restructuration et en leur offrant temporairement une certaine flexibilité par le biais du recours au chômage partiel est ainsi de nature à limiter, au moins temporairement, les destructions d'emploi et à favoriser le développement de l'employabilité des salariés qui peuvent mettre à profit ces périodes chômées pour bénéficier de formations (A).

Par ailleurs, l'État ne peut se désintéresser du sort des salariés licenciés pour motif économique face à un marché du travail mal en point. Ainsi, les pouvoirs publics s'investissent dans le reclassement professionnel des salariés dont le contrat est rompu pour un motif économique, en instaurant des dispositifs destinés à accroître leurs chances de réinsertion sur le marché de l'emploi. L'État français, à travers notamment les conventions FNE, s'associe aux efforts de reclassement réalisés par les entreprises pour faciliter leur retour à l'emploi (B). Au-delà des pouvoirs publics nationaux, l'Union européenne également consciente des effets négatifs que les restructurations peuvent avoir sur l'emploi a créé le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation (FEM), dont l'objet est d'apporter une aide aux salariés ayant perdu leur emploi du fait de la mondialisation ou de la crise économique et financière mondiale et de ses conséquences en termes de restructuration (C).

A - Le recours à l'activité partielle.

825. Lorsqu'une entreprise connaît une baisse d'activité liée à la conjoncture, elle peut, sous réserve d'une autorisation administrative préalable, placer ses salariés en activité partielle. Afin de mettre fin à la connotation négative liée à l'appellation « chômage partiel », le législateur lui a substitué celle d'« activité partielle », plus positive. Pour autant, ce changement terminologique opéré par la loi du 14 juin 2013 qui a supprimé dans le Code du travail toute référence au « chômage partiel » n'a pas remis en cause l'essence de ce dispositif¹. L'activité partielle permet à une entreprise confrontée à une sous-activité conjoncturelle de ne plus exécuter pleinement son obligation de fournir du travail à ses salariés, lesquels sont indemnisés pour compenser au moins partiellement la perte de revenu liée à la réduction temporaire de la durée du travail, tandis que l'entreprise bénéficie d'allocations publiques finançant en partie le recours à ce dispositif. Pour faire face à la crise économique et financière mondiale de 2008, le recours au chômage partiel a été l'une des principales mesures mises en œuvre dans l'Union européenne pour éviter des destructions massives d'emploi², notamment dans le secteur industriel. Certains États dans lesquels ce mécanisme n'existait pas, à l'instar notamment des Pays-Bas ou de la Hongrie, l'ont instauré pour faire face au risque accru de licenciements pour motif économique³ ; d'autres, comme l'Allemagne, l'Italie ou encore la France, ont modifié les dispositifs préexistants pour les rendre plus attractifs et inciter au recours à l'activité partielle comme outil de stabilisation de l'emploi.

À ce titre, de 2008 à 2012, pas moins de six accords nationaux modifiant ou complétant ce dispositif ont été conclus⁴. Les pouvoirs publics se sont également saisis de la

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² Ainsi à titre d'exemple en 2007 en France 12 000 salariés en moyenne étaient placés au chômage partiel chaque mois, contre plus de 227 000 en 2012... Source *Le recours au chômage partiel entre 2007 et 2010*, DARES Analyses, janvier 2012, n° 004 ; A. FABRE, « Le chômage partiel ne connaît pas la crise ! Retour sur une réforme au long cours », RDT 2012, p. 286

³ La Bulgarie, la République Tchèque, la Lituanie, la Lettonie, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovaquie ou encore la Slovénie ont également institué ce type de dispositif. V. « Le chômage partiel dans les pays de l'Union européenne », in *Le recours au chômage partiel entre 2007 et 2010*, DARES Analyses, janvier 2012, n° 004, encadré 2. E. MARTIN PUEBLA et V. LACOSTE-MARY, « Les réactions du droit du travail à la crise économique », RDT 2011, p. 521 ; P. REMY, M. ZUMFELDE et S. NADALE, « Regards : le chômage partiel », RDT 2009, p. 604.

⁴ L'ANI du 15 décembre 2008 a ainsi modifié le taux d'indemnisation de 50 à 60 % du salaire brut ; l'ANI du 8 juillet 2009 sur la gestion sociale des conséquences de la crise économique sur l'emploi a mis en place l'activité partielle de longue durée ; l'ANI du 8 octobre 2009 est venu modifier l'assiette servant de base au calcul de l'allocation de chômage partiel ; l'ANI du 29 octobre 2009 prévoyant l'indemnisation des salariés des professions libérales ; l'ANI du 13 janvier 2012 relatif au chômage partiel a notamment réduit à dix jours des délais d'instruction de l'administration et supprimant l'autorisation administrative préalable ; l'ANI du 6 février 2012 relatif à l'activité partielle de longue durée.

question : trois décrets et deux arrêtés furent ainsi adoptés pour la seule année 2012¹... Cette effervescence normative cherchait à améliorer le système dont la perfectibilité était mise en exergue par la comparaison des résultats en France du chômage partiel en termes de sauvegarde de l'emploi face à la crise, avec ceux obtenus chez nos voisins européens. En effet, les chiffres de l'OCDE sont sans appel : le recours au chômage partiel en 2009 aura permis de préserver seulement 18 000 emplois en France contre 221 500 en Allemagne, 124 000 en Italie et 43 000 en Belgique²...

La complexité du système combinant trois types d'allocations relevant de régimes distincts soumis à des formalités différentes, la rigidité du dispositif et sa sous-utilisation par les entreprises du fait de l'obscurité entourant ses conditions d'application ont fait l'objet de nombreuses critiques émanant tant de la doctrine que de la Cour des comptes ou encore de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS)³. Afin de rendre le dispositif plus attractif pour les entreprises, les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2013 ont souhaité que le recours à l'activité partielle soit simplifié en substituant aux divers régimes d'allocation un régime unique⁴. La loi de 2013 a donc procédé à une refonte, plus qu'à une réelle réforme, du régime de l'activité partielle guidé par un triple souci : simplifier le système préexistant en substituant aux multiples dispositifs antérieurs un dispositif unique⁵, le rendre plus attractif, et

¹ Décret n° 2012-275 du 28 février 2012 portant modification des dispositions du code du travail relatives au chômage partiel, JO du 29 février 2012, p. 3577 ; Arrêté du 24 février 2012 portant application de l'article D. 5122-42 du code du travail, JO du 29 février 2012, p. 3578 ; Décret n° 2012-341 du 9 mars 2012 portant modification des dispositions du code du travail relatives aux conditions d'attribution de l'allocation spécifique de chômage partiel, JO du 10 mars 2012, p. 4434 ; Arrêté du 4 mai 2012 portant agrément de l'accord national interprofessionnel du 13 janvier 2012 sur le chômage partiel, JO du 8 mai 2012, p. 8515 ; Décret n° 2012-1271 du 19 novembre 2012 relatif aux conditions d'attribution de l'allocation spécifique de chômage partiel, JO du 21 novembre 2012, p. 18346. Pour des précisions sur l'évolution historique du système, V. D. BAUGARD, « L'indemnisation de l'activité partielle après la loi du 14 juin 2013 et le décret du 26 juin 2013 », Dr. soc. 2013 ; C. WILLMANN, « Chômage partiel et APLD : un ensemble complexe, très réformé et perfectible », Dr. soc. 2013 ; F. AUBONNET et C. WILLMANN, « Simplification du recours au chômage partiel : l'aide aux salariés placés en activité partielle », JCP S 2013, 1286 ; P. MORVAN, *op. préc.* n° 1232

² Source, OCDE, *Perspectives de l'emploi 2010. Les systèmes allemand et français sont toutefois difficilement comparables*, V. C. CHARPAIL, « France-Allemagne : l'incomparable chômage partiel », Revue de l'IRES, 2013, n° 74, p. 209.

³ Cour des comptes, Rapp. annuel 2011, p. 157 ; IGAS, Évaluation du système français d'activité partielle dans la perspective d'une simplification de son circuit administratif et financier, Rapp. juin 2012 ; pour un exposé des différentes critiques adressées au système antérieur à la réforme de 2013, P. LOKIEC, « Le chômage partiel : pour une autre approche », Dr. soc. 2009, p. 393 ; C. WILLMANN, art. préc. ; F. AUBONNET et C. WILLMANN, art. préc. ; R. FRIEDERICH, « Le nouveau dispositif d'activité partielle : un régime enfin attractif pour les entreprises ? », JCP S 2013, 1357 ; R. DALMASSO, « Ce que cache la modification des procédures administratives d'allocation des indemnités d'activité partielle », RDT 2013, p. 349 ; D. BAUGARD, art. préc. ; P. MORVAN, *op. préc.* n° 1232 et s.

⁴ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 19.

⁵ Avant la réforme de 2013, deux dispositifs différents coexistaient : l'allocation spécifique de chômage partiel d'une part, subordonnée à une autorisation des services de l'État, versée au salarié par l'employeur et remboursée par l'État, dont le montant était forfaitaire et d'autre part un dispositif dit conventionnel soumis à la conclusion d'une convention avec l'État dont le bénéfice permettait une indemnisation plus élevée. Ce régime se divisait lui-même en deux branches : le conventionnement dit « classique » issu de l'ANI du 21 février 1968 et l'allocation complémentaire de chômage partiel, plus connue en pratique sous le nom d'activité partielle de longue durée. Depuis sa mise en place par le décret du 29 avril 2009 (D. n° 2009-478 du 29 avril 2009 relatif à l'activité

faciliter la mobilisation d'actions de formation professionnelle pendant la période de sous-activité afin de développer l'employabilité des salariés et d'accroître la compétitivité de l'entreprise¹. Par ailleurs, le nouveau dispositif, entré en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2013, tente également de répondre aux critiques adressées à l'ancien système, qui pointaient son manque de souplesse et de réalisme économique susceptibles de constituer un frein à son utilisation, les entreprises préférant prononcer des licenciements pour motif économique plutôt que de recourir à l'activité partielle de crainte des sanctions afférentes au non respect des engagements de maintien de l'emploi impliqué par la mobilisation du dispositif². Au total, la réforme du 14 juin 2013 a considérablement simplifié les dispositions relatives à l'activité partielle en substituant à la pluralité de régimes un seul mécanisme d'aide aux salariés placés en activité partielle et en allégeant les contraintes pesant sur les entreprises y recourant³. S'il en résulte un dispositif plus attractif pour les entreprises, on peut regretter qu'il soit davantage orienté vers le soutien public aux restructurations en temps de crise que vers la sauvegarde de l'emploi, les exigences de maintien de l'emploi dans les entreprises y ayant recours étant nettement à la baisse⁴... La loi du 14 juin 2013 et le décret du 26 juin 2013 ont ainsi simplifié les conditions de placement des salariés en activité partielle (1) et modifié la situation des salariés et des employeurs des entreprises qui y recourent (2).

partielle de longue durée, JO du 30 avril 2009, p. 7313), celle-ci permettait aux salariés de se voir garantir un niveau d'indemnisation minimal de 75 % de leur rémunération brute antérieure. À ces allocations (spécifique et complémentaire) pouvait enfin s'ajouter un complément destiné à compléter le salaire afin d'atteindre la rémunération minimale mensuelle dans le cas où la rémunération du salarié devenait inférieure au SMIC en période d'activité partielle. L'État pouvant prendre à sa charge jusqu'à 50 % de ce montant (art. L. 3232-8 du Code du travail, abrogé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc.).

¹ Circ. DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de l'activité partielle, NOR : ETSD1317839C.

² R. FRIEDERICH, art. préc. ; F. AUBONNET et C. WILLMANN, art. préc. ; D. BAUGARD, art. préc.

³ R. FRIEDERICH, art. préc. ; F. AUBONNET et C. WILLMANN, art. préc. ; D. BAUGARD, art. préc. ; R. DALMASSO, art. préc.

⁴ En ce sens, R. DALMASSO, art. préc.

826. Les conditions de placement des salariés en activité partielle n'ont été réformées qu'à la marge par la loi du 14 juin 2013. Le recours à l'activité partielle présuppose toujours une baisse d'activité exceptionnelle, temporaire et collective *id est* qui doit concerner une catégorie identifiée de salariés. Les cas de recours autorisés à l'activité partielle sont peu ou prou les mêmes que sous l'empire du droit antérieur, la procédure d'autorisation administrative également ; c'est principalement sur l'exigence de contreparties au placement en activité partielle de tout ou partie du personnel que la loi a apporté les modifications les plus importantes.

827. *Cas de recours autorisés à l'activité partielle.* Un employeur peut solliciter le placement de tout ou partie de son personnel en activité partielle lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre temporairement son activité¹, en raison notamment de la conjoncture économique, de difficultés d'approvisionnement en matières premières ou de la transformation, modernisation ou restructuration de l'entreprise². À ce titre, en 2009, 94 % des heures de chômage partiel étaient indemnisées au titre d'un recours au dispositif fondé sur la conjoncture économique, contre 83 % en 2012³. Les difficultés rencontrées par l'entreprise lui imposant de réduire son activité doivent être conjoncturelles et non structurelles. L'activité partielle ne doit théoriquement pas être considérée par l'entreprise comme un outil de flexibilité interne alors même qu'elle devrait repenser l'organisation du travail ou procéder à une restructuration. Toutefois, la réforme du dispositif par la loi de 2013 tend à l'éloigner de cette philosophie⁴. En tout état de cause, l'employeur n'est pas tenu d'avoir recherché des solutions alternatives avant de solliciter le bénéfice du placement en activité partielle⁵

828. *Information/consultation des représentants du personnel.* Comme sous l'empire du droit antérieur, lorsque l'entreprise envisage de recourir à l'activité partielle, l'employeur doit informer et consulter le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel avant

¹ Désormais le recours à l'activité partielle est admis quelle que soit la durée de la fermeture de l'entreprise ou de l'établissement, la loi du 14 juin 2013 ayant supprimé le minimum de six semaines jusqu'alors exigé.

² Art. R. 5122-1, C. trav.

³ Source, DARES Analyses, préc.

⁴ En ce sens, R. DALMASSO, art. préc.

⁵ CE, 23 juil. 2003, RJS 2003, n° 1303.

de solliciter l'autorisation administrative de recours au dispositif¹. Un accord collectif sur les modalités de ce recours peut par ailleurs être conclu. Si l'employeur est tenu d'informer et de consulter le comité d'entreprise, il n'est en revanche pas tenu par l'avis défavorable de ce dernier, qui devra toutefois être transmis à l'autorité administrative avec la demande d'autorisation préalable au recours à l'activité partielle². D'aucuns critiquent le fait que l'employeur soit tenu de consulter les représentants du personnel avant de solliciter le placement des salariés en activité partielle, en ce que cela allonge la mise en place du dispositif, alors même que son efficacité commande qu'elle ait lieu le plus rapidement possible pour faire face à l'urgence de la situation de l'entreprise³. Il est ainsi suggéré de remplacer cette obligation de consultation par une simple information du comité, préalable à la demande d'autorisation administrative⁴.

829. Procédure administrative d'autorisation préalable. Après avoir informé et consulté le comité d'entreprise, l'employeur dont l'entreprise est confrontée à une baisse d'activité éligible au dispositif doit adresser une demande d'autorisation de placer ses salariés en activité partielle au préfet du département dans lequel est situé l'établissement concerné. Sous l'empire du régime antérieur, cette autorisation administrative préalable fut temporairement supprimée avant d'être rétablie⁵.

830. Demande d'autorisation préalable. Cette demande, qui doit, depuis le 1^{er} octobre 2014, être adressée par voie dématérialisée⁶, doit indiquer le motif du recours à l'activité

¹ Art. L. 2323-6, L. 2313-13 et R. 5122-2 C. trav.

² Art. R. 5122-2, C. trav.

³ R. FRIEDERICH, art. préc. ; CCI Paris Île de France, « Pour un chômage partiel réellement efficace », prise de position juil. 2009.

⁴ R. FRIEDERICH, art. préc. ; CCI Paris Île de France, prise de position juil. 2009, préc.

⁵ Au début de l'année 2012, considérant que la procédure d'autorisation administrative préalable était un frein à l'utilisation du dispositif de chômage partiel, le Gouvernement l'a supprimée en la remplaçant par une déclaration postérieure à la mise au chômage partiel (D. n° 2012-341, 9 mars 2012, préc. ; art. R. 5122-4, C. trav. en vigueur entre mars et nov. 2012). Ce système permettait aux entreprises de mettre en place le chômage partiel sans autorisation préalable ; elles devaient ensuite adresser les demandes de remboursement des indemnités versées aux salariés à l'unité territoriale de la DIRECCTE dont elles relevaient (art. R. 5122-4, C. trav. en vigueur entre mars et nov. 2012). En réalité, seul le caractère *préalable*, mais non l'existence, de l'autorisation administrative était supprimé. Le rapport précité de l'IGAS a critiqué cette réforme, en pointant plusieurs risques, dont celui du dévoiement du recours au chômage partiel, les entreprises pouvant assimiler le dispositif « à un simple droit de tirage à guichet ouvert ». Prenant en compte ces critiques, le décret n° 2012-1271 du 19 novembre 2012 a rétabli la procédure antérieure d'autorisation administrative préalable, censée mieux contrôler le recours au chômage partiel.

⁶ Le décret du 26 juin 2013 avait au départ fixé au 1^{er} juillet 2014 la dématérialisation de la procédure d'autorisation qui fut finalement repoussée au 1^{er} octobre 2014 par le décret du 30 juin 2014 ; Décret n° 2013-

partielle, la durée prévisible de réduction de l'activité et le nombre de salariés concernés¹. L'employeur ne peut solliciter le bénéfice du placement en activité partielle de salariés dont le licenciement pour motif économique serait d'ores et déjà envisagé au moment de la demande d'autorisation. Si le recours à ce dispositif peut être mis en place dans le cadre d'une restructuration induisant le prononcé de licenciements pour motif économique et peut, notamment, être l'une des mesures prévues par plan de sauvegarde de l'emploi, ne pourront toutefois être placés en activité partielle que les salariés dont le contrat sera maintenu par delà le projet de licenciement collectif. Par ailleurs, l'avis des représentants du personnel sur le recours à ce dispositif doit également être joint à cette demande².

Lorsque l'entreprise a déjà eu recours à l'activité partielle dans les trois ans précédant sa demande, elle doit également proposer, dans le cadre de celle-ci, de souscrire des engagements en contrepartie du bénéfice du dispositif d'activité partielle³, engagements que la réforme de 2013 a diversifiés et qui ne se résument plus obligatoirement au maintien de l'emploi des salariés placés en activité partielle à l'issue du bénéfice du dispositif. Si cette demande est adressée au préfet, elle sera en pratique traitée par la DIRECCTE sur délégation de ce dernier. Le préfet devra néanmoins apposer sa signature sur la décision d'autorisation ou de refus de placement des salariés en activité partielle, refus qui doit être motivé⁴.

831. Vérification de l'éligibilité au dispositif. Lorsqu'elle est saisie d'une demande de placement en activité partielle, l'Administration doit vérifier que la baisse d'activité de l'entreprise est bien liée à l'un des motifs autorisant le recours au dispositif définis à l'article R. 5122-1 du Code du travail. Elle doit, à ce titre, s'assurer que les difficultés rencontrées par l'entreprise sont bien conjoncturelles et non structurelles. Le recours à l'activité partielle ne doit en effet pas avoir pour objectif de maintenir artificiellement les emplois d'une entreprise dans l'incapacité de faire face à long terme à la conjoncture économique. Il ne s'agit pas de soutenir des activités économiques inéluctablement vouées à disparaître. Le recours à l'activité partielle implique des difficultés passagères et ne doit en aucun cas devenir une condition de l'équilibre économique d'une entreprise sur la durée. Lorsqu'elle instruit une demande d'une entreprise n'ayant pas eu recours à l'activité partielle dans les trois années

551 du 26 juin 2013 relatif à l'activité partielle, JO du 28 juin 2013, p. 10721 ; Décret n° 2014-740 du 30 juin 2014 relatif à la dématérialisation de la procédure de recours à l'activité partielle, JO du 1^{er} juillet 2014, p. 10853.

¹ Art. R. 5122-2, C. trav.

² Art. R. 5122-2, C. trav.

³ Art. R. 5122-9, II, et R. 5122-2 C. trav.

⁴ Art. R. 5122-4, C. trav, le décret du 30 juin 2014 a en effet ajouté dans ce texte l'exigence de signature par le préfet de la décision relative au recours à l'activité partielle, D. 2014-740 du 30 juin 2014, préc.

précédentes, la DIRECCTE doit y répondre favorablement dès lors qu'elle constate que l'entreprise est dans une situation éligible au dispositif¹ ; aucune contrepartie au financement public de l'activité partielle n'est exigée dans cette hypothèse. En revanche lorsque l'entreprise a déjà eu recours à l'activité partielle dans les trente-six mois précédant la nouvelle demande, son instruction « *doit se concentrer sur la définition des engagements pris par l'entreprise* », en contrepartie du bénéfice du dispositif².

832. Définition des engagements de l'entreprise bénéficiaire. Le dispositif antérieur à la réforme de 2013 était l'objet de critiques en ce qu'il était exigé des entreprises recourant à l'activité partielle de longue durée de s'engager à maintenir l'emploi des salariés placés en activité partielle pendant une durée égale au double de celle de la convention conclue avec l'État, sous peine de devoir rembourser les allocations perçues au titre du dispositif. De nombreuses entreprises craignant de ne pouvoir tenir un tel engagement dans un contexte économique particulièrement difficile et fluctuant préféraient ainsi prononcer des licenciements pour motif économique plutôt que de s'exposer au risque de devoir rembourser les sommes perçues au titre du placement en activité partielle de tout ou partie de leur personnel³. Les partenaires sociaux dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2013 avaient ainsi souhaité que les engagements pris en contrepartie du recours à l'activité partielle soient diversifiés et modulés en fonction de la récurrence du recours au dispositif⁴. Le législateur a consacré ce souhait⁵. Désormais, l'engagement de maintien de l'emploi des salariés placés en activité partielle n'est plus le seul qui soit susceptible d'être souscrit par l'entreprise bénéficiaire et ne conditionne d'ailleurs plus le recours à l'activité partielle. Toutefois, le maintien de l'emploi des salariés placés en activité partielle pendant la période de recours au dispositif reste un impératif, y compris lorsque l'entreprise y recourt pour la première fois.

L'Administration du travail doit donc définir les contreparties du recours à l'activité partielle dans le cadre d'un dialogue avec l'employeur, en tenant compte de la situation de l'entreprise. Le recours à l'activité partielle doit en effet permettre aux entreprises dont les difficultés temporaires trouvent notamment leur source dans des faiblesses internes d'y remédier⁶. Les engagements spécifiques de l'entreprise en contrepartie du bénéfice du

¹ Circ. DGEFP n° 2013-12 du 12 juil. 2013, préc.

² Circ. DGEFP n°2013-12, du 12 juil. 2013, préc.

³ R. FRIEDERICH, art. préc. ; D. BAUGARD, art. préc. ; R. DALMASSO, art. préc. ; F. AUBONNET et C. WILLMANN, art. préc.

⁴ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 19.

⁵ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁶ Circ. DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet 2013, préc.

dispositif doivent ainsi contribuer à rétablir sa situation et à préparer les conditions de son développement futur afin d'assurer dans la mesure du possible la préservation de l'emploi grâce à l'accroissement de l'employabilité de ses salariés et de sa compétitivité. L'article R. 5122-9 du Code du travail dresse à ce titre une liste non exhaustive des contreparties susceptibles d'être souscrites dans ce cadre. Ainsi, l'entreprise peut s'engager à maintenir l'emploi des salariés concernés pendant une durée pouvant aller jusqu'au double de la période de recours au dispositif, à mettre en œuvre des actions de formation au bénéfice des salariés placés en activité partielle, à mettre en place des actions de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou encore à procéder à des aménagements structurels ou stratégiques indispensables au rétablissement de sa situation économique. Ces engagements définis lors d'une concertation entre l'administration et l'entreprise doivent prendre en compte ceux proposés par l'employeur dans la demande d'autorisation, l'avis du comité d'entreprise sur le recours à l'activité partielle et, le cas échéant, le contenu d'un éventuel accord relatif au recours à l'activité partielle¹. À cet égard, il semble envisageable qu'un accord de maintien de l'emploi conclu dans l'entreprise en application des articles L. 5125-1 et suivants du Code du travail prévoit le recours à l'activité partielle et définisse ses modalités, ce qui devrait favoriser l'acceptation de la demande de recours au dispositif. En effet, l'existence d'un accord de maintien de l'emploi témoigne d'un consensus entre employeur et organisations syndicales majoritaires sur l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles², cas de recours au dispositif³, mais également sur la nécessité de recourir à l'activité partielle pour éviter des suppressions d'emploi. La récurrence du recours à ce dispositif et les engagements précédemment pris par l'entreprise dans le cadre des demandes antérieures doivent par ailleurs être pris en compte dans la détermination des engagements de l'entreprise. Il semble par ailleurs que si l'employeur sollicite le recours à l'activité partielle dans le cadre d'un projet de plan de sauvegarde de l'emploi, la DIRECCTE, étroitement associée à son élaboration, devrait prendre en considération les mesures sociales d'accompagnement prévues par le projet de plan et, le cas échéant, subordonner l'acceptation du placement en activité partielle à l'enrichissement du contenu du plan, à l'accroissement des engagements de l'employeur en termes de reclassement interne et externe, à la mobilisation des moyens du groupe, etc. Dans de telles circonstances, la DIRECCTE dispose de deux leviers pour « faire pression » sur l'employeur pour qu'il s'investisse dans le reclassement professionnel des

¹ Art. R. 5122-9, C. trav.

² Art. L. 5125-1, C. trav.

³ Art. R. 5122-1, C. trav.

salariés menacés de licenciement pour motif économique : la « menace » du refus du bénéfice de l'activité partielle et surtout celle du refus d'homologation/validation du projet de licenciement qui paralyse la mise en œuvre du projet¹. Au vu des divers éléments susmentionnés, l'Administration du travail définira donc les contreparties au bénéfice du placement des salariés en activité partielle, dans le cadre d'un dialogue avec l'entreprise².

833. *Décision administrative.* L'administration dispose de quinze jours à compter de sa réception pour instruire la demande de recours au dispositif et pour faire savoir à l'entreprise si l'elle autorise ou non à placer ses salariés en activité partielle, étant précisé, d'une part que tout refus doit être motivé, et d'autre part qu'à l'expiration du délai de quinze jours le silence de l'administration équivaut à une autorisation implicite³. La circulaire du 12 juillet 2013 enjoint toutefois aux DIRECCTE de rendre des décisions expresses d'autorisation, ce qui apparaît essentiel notamment lorsqu'il s'agit d'une nouvelle demande de l'entreprise puisque ses engagements en contrepartie du bénéfice du dispositif sont définis par l'autorisation⁴. Une décision implicite soulèverait de ce point de vue des difficultés : l'entreprise ne serait-elle alors contrainte à aucune contrepartie ? Ou devrait-elle à tout le moins respecter les engagements qu'elle a proposé de souscrire dans le cadre de sa demande d'autorisation ? Il est souhaitable que les DIRECCTE rendent des décisions explicites d'autorisation dans le délai de quinze jours afin de lever tout doute sur cette question.

Lorsque la DIRECCTE autorise le recours au dispositif, sa décision doit mentionner la durée de placement en activité partielle, qui ne saurait excéder six mois⁵, renouvelable une fois, ainsi que le contingent d'heures indemnissables, fixé au maximum à mille heures par an et par salarié⁶. En tout état de cause, la décision de l'administration sera portée à la connaissance de l'employeur par voie dématérialisée, après avoir été signée par le préfet⁷. L'employeur devra porter cette décision à la connaissance des représentants du personnel. Cette décision est également transmise par la DIRECCTE à l'Agence de services de paiement

¹ Art. L. 1233-39, C. trav.

² Circ. DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet 2013, préc.

³ Art. R. 5122-4, C. trav.

⁴ Circ. DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet 2013, préc.

⁵ Art. R. 5122-9, C. trav. Le contenu de la décision d'autorisation est détaillé dans l'arrêté du 24 juillet 2014 portant application du décret n° 2014-740 du 30 juin 2014 relatif à la mise en œuvre de la dématérialisation de la procédure de recours à l'activité partielle, JO du 1^{er} août 2014, p. 12715.

⁶ Art. R. 5122-6 C. trav., Arrêté du 26 août 2013 fixant les contingents annuels d'heures indemnissables prévus par les articles R. 5122-6 et R. 5122-7 du code du travail, JO du 6 septembre 2013, p. 15084. Exceptionnellement, la limite de 1000 heures par an et par salarié peut être dépassée sur décision conjointe des ministres chargés de l'emploi et du budget, art. R. 5122-6, al. 2, C. trav.

⁷ Art. R. 5122-4, C. trav.

qui sera chargée de rembourser à l'entreprise une partie de l'indemnisation versée aux salariés placés en activité partielle¹.

Une fois cette autorisation acquise, l'employeur peut donc placer ses salariés en activité partielle. Ils bénéficieront alors d'une indemnité compensant tout ou partie de la perte de revenu induite par la réduction de la durée de travail, indemnité qui sera partiellement remboursée à l'entreprise.

2 - Situation de l'entreprise en activité partielle.

834. *Situation des salariés placés en activité partielle.* Lorsque l'employeur a obtenu l'autorisation préalable de placer les salariés en activité partielle, ces derniers voient leur durée du travail réduite à proportion de la baisse d'activité de l'entreprise. Leur contrat est suspendu pendant les heures chômées qui donnent lieu à une indemnisation. Ainsi, les heures correspondant à la différence entre la durée légale du travail (ou la durée conventionnelle ou contractuelle si celle-ci y est inférieure) et le nombre d'heures effectivement travaillées sur la période sont indemnisées à hauteur de 70 % du salaire brut du salarié, ce qui correspond peu ou prou à 85 % de son salaire net, compte tenu du régime social de cette indemnité². Elle est versée par l'employeur à la date d'échéance normale du salaire. Si, en dépit de cette indemnité, la rémunération versée au salarié est inférieure à la rémunération mensuelle minimale visée à l'article L. 3232-3 du Code du travail, l'employeur devra payer au salarié une indemnité complémentaire pour atteindre ce seuil.

Bien qu'affectant la durée du travail et incidemment sa rémunération, le placement en activité partielle ne constitue pas une modification du contrat selon la jurisprudence. Les salariés, à l'exception des salariés protégés³, ne peuvent donc s'y opposer sans risque⁴. S'ils refusent d'être placés en activité partielle indemnisée en application d'une autorisation administrative préalable, les salariés s'exposent à un licenciement disciplinaire, qualification inappropriée selon certains auteurs dont nous partageons l'opinion⁵. Soumettre la rupture au droit du licenciement pour motif économique apparaîtrait ainsi plus juste⁶, et mettrait les

¹ A. du 24 juil. 2014, préc., art. 3.

² Art. R. 5122-18, C. trav. L'indemnité versée au titre du placement en activité partielle est en effet exonérée de la taxe sur les salaires et des cotisations de sécurité sociale, art. L. 5122-4 et L. 5428-1, C. trav.

³ Cass. soc., 18 juin 1996, Bull. civ. V, n° 252.

⁴ Cass. soc., 18 juin 1996, Bull. civ. V, n° 248 ; Cass. soc., 19 déc. 2012, Bull. civ. V, n° 340.

⁵ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, n° 1240 ; P. LOKIEC, art. préc.

⁶ En ce sens également, P. MORVAN, *op. préc.*, n° 1240 ; P. LOKIEC, art. préc.

salariés refusant d'être placés en activité partielle dans la même situation que ceux qui s'opposent à l'application d'un accord de maintien de l'emploi¹, ce qui, eu égard à la philosophie commune qui anime ces dispositifs, serait à notre sens cohérent.

835. *Faculté de suivre des actions de formation.* Les heures chômées au titre de l'activité partielle peuvent être mises à profit par les salariés pour développer leur employabilité grâce à la mise en œuvre d'actions de formation². Si l'employeur n'est plus tenu de mettre en place un entretien individuel avec les salariés pour envisager le bénéfice d'actions de formation pendant les heures chômées, la réforme de 2013 a opportunément abrogé les limitations relatives à la nature des actions de formation susceptibles d'être mobilisées dans le cadre de l'activité partielle³. Désormais, pendant les heures chômées toutes les mesures de formation envisagées par les articles L. 6313-1 et L. 6314-1 du Code du travail pourront être mises en œuvre, y compris celles relevant du plan de formation⁴. À ce titre, en contrepartie du bénéfice du dispositif l'Administration aura pu demander à l'entreprise de s'engager à mettre en œuvre des actions de bilan de compétences, à proposer aux salariés des formations de nature à leur permettre d'occuper des emplois qui seront, à terme, nécessaires au regard des nouvelles orientations stratégiques de l'entreprises définies afin d'assurer son essor futur et redresser sa situation, ou encore des formations qualifiantes contribuant à développer leur employabilité, etc.

La circulaire du 12 juillet 2013 insiste sur l'un des objectifs du dispositif qui est de « *former plutôt que licencier* » et enjoint aux DIRECCTE d'utiliser et de renforcer leurs partenariats avec les organismes paritaires collecteurs agréés pour « *permettre la mobilisation effective des actions de formation pendant les périodes d'activité partielle [afin de] tirer pleinement profit des moyens d'appel à projets spécifiques mis en place par le Fonds Paritaire de Sécurisation des Parcours Professionnels sur ce sujet* »⁵. À l'instar de l'ancienne activité partielle de longue durée, le nouveau dispositif encourage les salariés placés en activité partielle à suivre des actions de formation professionnelle en assortissant d'une meilleure indemnisation les heures chômées qui y sont consacrées⁶.

¹ Art. L. 5125-2, al. 2.

² Art. L. 5122-2, C. trav.

³ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁴ Art. L. 5122-2, C. trav.

⁵ Circ. DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet 2013

⁶ Elles sont ainsi indemnisées à hauteur de 100 % du salaire net du salarié, contre 70 % du salaire brut (soit environ 85 % du salaire net lorsque le salarié ne suit pas de formation ; Art. L. 5122-2 et R. 5122-18, C. trav.

Il semble particulièrement important que les salariés mettent à profit leur placement en activité partielle pour suivre les formations indispensables au maintien de leur capacité à occuper un emploi voire, leur permettant de développer leur employabilité au regard notamment des besoins futurs de l'entreprise mais également de ceux du bassin d'emploi. En effet, si le placement en activité partielle constitue un moyen d'éviter le prononcé immédiat de licenciements pour motif économique, le plus souvent il permet seulement de retarder la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois. Ainsi, selon une étude de la DARES, 8 % des salariés placés au chômage partiel au cours d'un trimestre se retrouvent sans emploi au cours de l'année qui suit contre seulement 5 % des salariés n'ayant pas subi de réduction partielle d'activité indemnisée¹. Le risque que la mise en activité partielle ne contribue qu'à reporter le prononcé de licenciements pour motif économique est d'autant plus important depuis le 1^{er} juillet 2013, puisque l'exigence d'un engagement de maintien de l'emploi de l'entreprise bénéficiaire du dispositif a été considérablement assouplie. Il est donc souhaitable que cette période soit mise à profit par le salarié pour développer ses compétences, acquérir les qualifications nécessaires au maintien et au développement de son employabilité, ce qui reste le meilleur moyen de pouvoir conserver un emploi dans l'entreprise ou, à défaut, de se réinsérer relativement rapidement sur le marché du travail.

836. *Faculté d'occuper un autre emploi.* La DGEFP précise que le salarié placé en activité partielle peut occuper un autre emploi pendant les heures de suspension de son contrat de travail, sous réserve de l'absence de clause d'exclusivité licite dans son contrat, du respect des obligations de loyauté et de non-concurrence et de la durée maximale de travail hebdomadaire². S'il décide d'exercer une activité professionnelle chez un autre employeur pendant la suspension de son contrat résultant de son placement en activité partielle, le salarié doit en informer son employeur en précisant le nom de l'autre employeur et la durée prévisionnelle de travail³. Le salarié percevra alors concomitamment l'indemnité due au titre de l'activité partielle et les rémunérations afférentes aux emplois alternatifs. La DGEFP précise qu'à « *l'issue de la période d'activité partielle, le salarié décide soit de reprendre le travail chez son employeur principal (il rompt alors le contrat de travail qu'il a contracté*

¹ DARES Analyses, janvier 2012, n° 004.

² DGEFP, Documentation technique— Activité partielle — n° 2013-12-01, fiche 5, consultable à l'adresse : [http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/Mise en œuvre de l'activité partielle, Documentation technique, Circ. DGEFP 2013.12.01x.pdf](http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/Mise%20en%20œuvre%20de%20l'activité%20partielle,%20Documentation%20technique,%20Circ.%20DGEFP%202013.12.01x.pdf) ; sur cette documentation technique, V. JCP S 2013, act. 400.

³ DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc., fiche 5.

chez un autre employeur), soit de démissionner de son emploi initial. »¹. Mettre à profit la période d'activité partielle pour rechercher un autre emploi peut s'avérer salubre notamment lorsque, en dépit du recours à ce dispositif, l'entreprise ne parvient pas à redresser sa situation économique et que ses salariés se trouvent à nouveau sous la menace d'un licenciement pour motif économique.

837. *Situation de l'entreprise ayant recours à l'activité partielle.* L'entreprise dont la demande de placement en activité partielle a été acceptée peut donc réduire temporairement la durée du travail des salariés concernés par l'autorisation. Pendant la période où elle bénéficie de ce dispositif, l'entreprise ne peut licencier pour motif économique les salariés bénéficiant du dispositif. Elle doit les rémunérer pour les heures de travail effectif et les indemniser pour les heures chômées, indemnisation qui sera en partie remboursée par l'État et l'UNEDIC. Surtout, elle devra respecter les engagements prévus dans l'autorisation administrative préalable en contrepartie du recours à l'activité partielle, sous peine d'être éventuellement contrainte à rembourser tout ou partie des allocations perçues.

838. *Indemnisation des salariés et demande de remboursement.* L'employeur est tenu de verser aux salariés à échéance normale le paiement des heures de travail effectuées sur la période, conformément au taux horaire contractuel ou conventionnel, assorti d'une indemnisation des heures chômées. Le taux de cette indemnisation varie selon que le salarié suit ou non une formation professionnelle pendant ces heures. S'il est opportun que les salariés soient financièrement incités à mettre à profit les périodes d'activité partielle pour se former et augmenter leurs compétences et leur employabilité, d'aucun regrettent que la différence, d'environ quinze points de salaire net, reste pleinement à la charge de l'entreprise, à la différence du système allemand qui exonère l'employeur de toute indemnisation des salariés suivant une formation dont la durée est au moins équivalente la moitié de celle du placement en activité partielle. Le système allemand encourage ainsi davantage à la mise en place d'actions de formation professionnelle bénéfiques tant aux salariés qu'à l'entreprise pendant les périodes d'activités partielle². À défaut d'être financièrement incitées à mettre en place des actions de formation à destination des salariés placés en activité partielle, les

¹ DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc., fiche 5.

² Toutefois, comme le rappelle Christine CHARPAIL, les deux systèmes ne sont pas réellement comparables ; C. CHARPAIL, art. préc.

entreprises françaises peuvent y être contraintes au titre des engagements prévus l'autorisation administrative de recours au dispositif¹.

Après avoir versé aux salariés le salaire correspondant aux heures travaillées augmenté de l'indemnisation des heures chômées et éventuellement complété par une indemnité comblant, le cas échéant, l'écart entre cette rémunération et la rémunération mensuelle minimum, l'employeur peut solliciter le remboursement partiel de l'indemnisation des salariés. Par exception, lorsque l'entreprise est l'objet d'une procédure sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaire, ou qu'elle connaît des « *difficultés financières (...), le préfet, ou sur délégation le [DIRECCTE], peut faire procéder au paiement direct, par l'agence de services et de paiement, de l'allocation d'activité partielle aux salariés* »².

La contribution publique indemnisant partiellement l'entreprise ayant placé ses salariés en activité partielle s'élève à 7,74 € par heure chômée pour les entreprises employant jusqu'à deux-cent-cinquante salariés, et à 7,23 € par heure chômée pour les autres³. Si la réforme de 2013 a maintenu le dispositif d'allocation complémentaire destiné à compenser l'écart entre le salaire versé au titre des heures travaillées augmenté de l'indemnisation des heures chômées et la rémunération mensuelle minimale⁴, elle a en revanche abrogé l'article L. 3232-8 du Code du travail prévoyant le remboursement d'une fraction de cette allocation par l'État. Ce complément reste donc désormais à la charge de l'employeur ce qui ne devrait avoir qu'un impact limité sur le recours à l'activité partielle puisque, compte tenu du montant relativement élevé de l'indemnisation octroyée aux salariés par rapport au montant du SMIC horaire, ce remboursement n'intervenait que très marginalement (quatre à cinq cas par an en moyenne)⁵.

Après avoir indemnisé les salariés au titre de l'activité partielle, l'employeur doit adresser à l'Agence de services de paiement une demande d'indemnisation par voie dématérialisée pour obtenir un remboursement partiel de l'indemnisation. L'Agence de services de paiement la transmet alors à l'unité territoriale de la DIRECCTE pour qu'elle soit signée électroniquement, cette signature attestant de l'authenticité de l'identité de l'auteur de la demande et du respect des conditions fixées dans l'autorisation préalable de recours à l'activité partielle (période, nombre maximum de salariés concernés, contingent maximum d'heures, etc.). L'employeur doit envoyer cette demande d'indemnisation au terme de chaque

¹ Art. R. 5122-9, C. trav.

² DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc.

³ Art. D. 5122-13, C. trav.

⁴ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

⁵ F. AUBONNET et C. WILLMANN, art. préc. ; R. FRIEDERICH, art. préc.

mois, étant précisé que si le temps de travail dans l'entreprise est réparti sur une période comprise entre la semaine et l'année et qu'il souhaite bénéficier d'un remboursement mensuel¹, il doit remplir une demande de remboursement au titre du mois écoulé en fournissant « *les plannings présentant les heures réellement travaillées et chômées pour le mois concerné* »². L'Agence de services de paiement contrôle alors la demande d'indemnisation reçue électroniquement et procède au remboursement partiel des indemnités d'activité partielle, par voie dématérialisée également. La dématérialisation de l'ensemble de la procédure d'autorisation préalable de recours à l'activité partielle et de remboursement est particulièrement bienvenue en ce qu'elle simplifie considérablement les démarches à accomplir par l'entreprise et réduit les délais de traitement des demandes, ce qui est capital au vu de la situation particulièrement délicate dans la quelle se trouve, par définition, une entreprise ayant recours à l'activité partielle.

839. *Respect des engagements prévus dans le cadre de l'autorisation préalable.*

Pendant toute la période de placement en activité partielle voire, le cas échéant, au-delà, l'entreprise doit respecter les engagements qu'elle a « souscrits » dans le cadre de l'autorisation préalable de recours au dispositif. L'expression « engagements souscrits » est relativement maladroite puisque ces « engagements » sont fixés par l'administration du travail³... Il s'agit davantage de contreparties au bénéfice du dispositif que de réels engagements souscrits volontairement par l'entreprise, étant toutefois rappelé que ces « engagements » sont définis par la DIRECCTE dans la cadre d'un dialogue avec l'entreprise au vu de sa situation. Le manque de réalisme économique et l'absence de prise en compte de la situation particulière de l'entreprise recourant à l'activité partielle sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013 était l'objet de critiques⁴, tout comme la rigidité du système qui n'envisageait qu'un type de contrepartie au bénéfice du dispositif : un engagement de maintien de l'emploi des salariés concernés pendant une durée égale au double de la convention d'activité partielle de longue durée conclue avec l'État. Cette contrepartie obligatoire, sanctionnée par le remboursement des sommes versées par les pouvoirs publics au titre de l'indemnisation du chômage partiel des salariés licenciés en dépit de l'engagement de maintien de l'emploi, dissuadait certaines entreprises de solliciter le bénéfice de ce

¹ Sur les modalités de calcul des heures à indemniser en cas d'aménagement particulier du temps de travail, V. DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc., fiche 5.

² DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc.

³ En ce sens, F. AUBONNET et C. WILLMANN, art. préc.

⁴ F. AUBONNET et C. WILLMANN, art. préc. ; D. BAUGARD, art. préc. ; R. DALMASSO, art. préc. ; R. FRIEDERICH, art. préc.

dispositif de crainte de ne pouvoir respecter cet engagement dans un contexte économique défavorable et particulièrement fluctuant.

C'est pourquoi, afin de répondre à ces critiques, la réforme de 2013 a diversifié les contreparties susceptibles d'être demandées à l'entreprise bénéficiaire du régime de l'activité partielle¹. Si le maintien des emplois pour une durée au maximum égale au double de celle de la période d'activité partielle figure toujours parmi les contreparties susceptibles d'être exigées par l'administration du travail, elle peut subordonner le recours à l'activité partielle à la mise en œuvre d'actions de formation, de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou de mesures de réorganisation ou de réorientation de la stratégie de l'entreprise aux fins d'assurer le redressement de sa situation économique². Cette diversification des contreparties susceptibles d'être demandées à l'entreprise est particulièrement opportune, en ce que la sauvegarde de l'emploi à long terme est davantage assurée par le développement de la compétitivité de l'entreprise et la mise en adéquation des compétences et qualifications des salariés avec ses besoins, que par l'obligation de maintenir temporairement l'emploi. Il semble à ce titre essentiel que l'entreprise mette à profit la période d'activité partielle pour identifier ses faiblesses : manque de compétitivité, intervention sur des marchés trop restreints, obsolescence du matériel, organisation du travail ou techniques de production inadaptées aux caractéristiques du marché ou de la demande, économies d'échelle insuffisantes, etc.

La documentation technique élaborée par la DGEFP détaille les différentes contreparties susceptibles d'être demandées à l'entreprise bénéficiaire de l'activité partielle. Elle insiste notamment sur le fait que « *le maintien dans l'emploi n'est en pratique envisageable que si l'entreprise dispose d'une visibilité suffisante sur la durée de ses difficultés économiques. Ce type d'engagement doit avoir un effet incitatif et [non] dissuasif quant au recours à l'activité partielle.* »³. Elle rappelle, par ailleurs, les différentes actions de formation susceptibles d'être mises en place au titre de la contrepartie au bénéfice du dispositif et souligne à ce titre qu'il est important de prévoir la mise en œuvre de mesures de formation s'inscrivant dans une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences efficiente. Ainsi, après avoir mis en exergue le fait que « *les difficultés économiques de l'entreprise peuvent se conjuguer avec une insuffisante anticipation en matière de gestion des ressources humaines* », elle encourage les DIRECCTE à demander « *à l'entreprise d'engager*

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² Art. R. 5122-9, C. trav.

³ DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc., fiche 3.

une réflexion sur l'évolution de ses métiers (métiers menacés, métiers en croissance...) et de dresser un état des lieux de l'employabilité de ces salariés (...) [afin] d'identifier les besoins en formation dans l'objectif de maintenir en emploi les salariés dont la compétence aura été renforcée. »¹. De même, il est préconisé de mettre à profit de la période d'activité partielle pour analyser les causes inhérentes à l'entreprise qui, au-delà d'une mauvaise conjoncture économique, peuvent être la source des difficultés la conduisant à réduire son activité. La DGEFP invite donc les DIRECCTE à enjoindre à l'entreprise bénéficiaire du dispositif de procéder à cette analyse et de mettre en place une réflexion sur un éventuel redéploiement de son offre de biens ou de services, sur la recherche de nouveaux marchés ou la nécessité de moderniser ses équipements. À ce titre, la mobilisation des différents services de la DIRECCTE en charge de l'emploi est envisagée, aux fins d'aider l'entreprise dans cette analyse et celle des partenaires éventuels du redressement de l'entreprise que peuvent être les chambres du commerce et de l'industrie, la banque publique d'investissement, etc.².

Définis en concertation avec l'entreprise et adaptés à sa situation réelle, les engagements souscrits en contrepartie du bénéfice de l'activité partielle doivent permettre non seulement de maintenir l'emploi à court terme mais surtout à moyen ou long terme, en renforçant non seulement l'adéquation des compétences et des qualifications des salariés aux besoins de l'entreprise, mais plus encore d'accroître sa compétitivité, gage nécessaire du redressement de sa situation économique. Fixés au regard des difficultés concrètement rencontrées par l'entreprise et des moyens qu'elle est susceptible de mobiliser pour y remédier, ces engagements doivent être respectés au cours de la période d'activité partielle, voire au-delà, selon les durées fixées par l'autorisation préalable. L'entreprise doit se faire fort de satisfaire à ces obligations définies dans un souci de favoriser son développement économique et l'essor de sa compétitivité, censés assurer la finalité de sauvegarde de l'emploi assignée au recours à l'activité partielle.

840. Sanction éventuelle du non-respect des engagements. La sanction automatique du manquement à l'obligation de maintenir l'emploi des salariés placés en activité partielle consistant à imposer à l'entreprise de rembourser les indemnités perçues à ce titre était l'objet de critiques notamment parce qu'elle dissuadait certaines entreprises d'y recourir. En écho à ces critiques, la réforme de 2013 a assoupli la sanction du non-respect par l'entreprise des

¹ DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc., fiche 3.

² DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc., fiche 3.

engagements souscrits en contrepartie du dispositif¹. Désormais, la sanction consistant à solliciter le remboursement des allocations versées à l'entreprise n'est plus systématique. En effet, dorénavant la DIRECCTE « *demande à l'employeur le remboursement des sommes perçues au titre de l'allocation d'activité partielle en cas de non-respect par l'entreprise, sans motif légitime, des engagements mentionnés dans la décision d'autorisation* », l'article R. 5122-10 du Code du travail précisant de surcroît que « *le remboursement peut ne pas être exigé s'il est incompatible avec la situation économique et financière de l'entreprise.* ».

En cas de manquement aux engagements souscrits, l'administration devra donc apprécier son caractère fautif afin de s'assurer que l'inexécution des contreparties au bénéfice de l'activité partielle est bien imputable à l'employeur et non à la dégradation de la conjoncture économique, qui devrait constituer vraisemblablement un motif légitime du non-respect par l'entreprise de ces engagements², comme elle constitue une cause de suspension des accords de maintien de l'emploi³. À ce titre, il sera certainement plus aisé de justifier le manquement au maintien de l'emploi que celui des engagements en termes de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou de mise en place d'actions de formation au bénéfice des salariés placés en activité partielle. En tout état de cause, que l'employeur puisse ou non invoquer un motif légitime justifiant l'inexécution de ses engagements, la DIRECCTE ne devrait pas solliciter le remboursement des allocations versées à l'entreprise, s'il devait aggraver davantage sa situation économique et « *mettre en péril la survie de l'établissement* »⁴. Les employeurs qui constatent qu'ils ne pourront assumer leurs engagements sont invités à prendre contact avec la DIRECCTE le plus rapidement possible afin que soient redéfinies les contreparties au bénéfice du dispositif en tenant compte des circonstances nouvelles faisant obstacle à l'exécution des engagements initialement convenus. La DIRECCTE dispose ainsi d'un large pouvoir d'appréciation relatif à l'imputabilité à l'employeur de l'inexécution de ses engagements, à l'opportunité de sanctionner l'entreprise, mais aussi à l'étendue du remboursement exigé. À ce titre, la DGEFP enjoint aux DIRECCTE de « *procéder au recouvrement des sommes versées, de manière proportionnée, après un examen précis de la situation économique de l'établissement et de sa trésorerie.* »⁵.

Au total, le souci de réalisme économique animant la réforme de 2013 à travers la prise en considération de la situation de l'entreprise pour ajuster les contreparties au bénéfice

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

² DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc., fiche 3.

³ Art. L. 5125-5, C. trav.

⁴ DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc., fiche 3.

⁵ DGEFP, doc. tech. n° 2013-12-01, préc., fiche 3.

de l'activité partielle mais aussi pour sanctionner leur inexécution, devrait accroître l'attractivité de ce dispositif et ainsi renforcer son efficacité en termes de soutien au rétablissement de la situation économique de l'entreprise et de préparation des conditions de son développement futur. Toutefois, le fait que le maintien de l'emploi des salariés placé en activité partielle soit relégué au même rang que les autres engagements en matière de formation ou de gestion des emplois et des compétences, et que son non-respect n'entraîne plus automatiquement le remboursement des allocations versées à l'entreprise, affaiblit l'objectif de préservation des emplois assigné initialement au dispositif.

Originellement conçu comme un dispositif de subventionnement public de l'emploi assorti de contreparties en termes de maintien d'emploi donnant lieu à un contrôle et, le cas échéant, à une sanction comminatoire, l'activité partielle tend à devenir davantage un mécanisme de soutien aux entreprises qui se restructurent en période de crise sans que la préservation de l'emploi n'en constitue la pierre angulaire¹. Si l'ancien dispositif était, à raison, l'objet de critiques, il avait au moins le mérite d'obliger l'employeur à rechercher des solutions tendant à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise et la sauvegarde de l'emploi². Tel n'est plus réellement le cas aujourd'hui. L'activité partielle glisse d'une logique de préservation de l'emploi à une logique de sécurisation des parcours professionnels, à l'instar de l'approche des restructurations en droit social. Comme l'écrit un auteur « Avec le nouveau système, le recours au dispositif risque d'être pour les employeurs un moyen de gagner du temps de paix sociale, en préparant les salariés et les institutions représentatives du personnel à de futurs licenciements économiques. (...). Une fois acquises la période de suspension des contrats et leurs contreparties (notamment en matière de formation des salariés), l'employeur peut préparer la seconde phase, celle de rupture des contrats, dans un contexte où les salariés sont pris en charge de manière satisfaisante. »³.

Si on peut s'interroger, avec Raphaël DALMASSO, sur la légitimité d'un dispositif financé en partie par l'État et l'UNEDIC dont la finalité n'est plus tant le maintien de l'emploi que le soutien aux restructurations en temps de crise⁴, le recours à l'activité partielle, à défaut de constituer une garantie de maintien de l'emploi, présente au moins l'avantage de pouvoir être mis à profit pour permettre aux salariés de développer leur employabilité, ce qui devrait favoriser leur réinsertion sur le marché du travail en cas de rupture de leur contrat. En effet, le

¹ R. DALMASSO, art. préc. ; D. BAUGARD, art. préc.

² R. DALMASSO, art. préc.

³ R. DALMASSO, art. préc.

⁴ R. DALMASSO, art. préc.

nouveau système, à l'instar de l'ancien, devrait davantage retarder le prononcé des licenciements économique qu'éradiquer cette éventualité. Toutefois, la généralisation du bénéfice d'actions de formation à destination des salariés placés en activité partielle donnant lieu à une meilleure indemnisation est de nature à leur permettre de développer leur employabilité et ainsi à favoriser leur réinsertion professionnelle.

Si les salariés placés en situation d'activité partielle peuvent bénéficier à ce titre d'actions de formation, elles ne peuvent se cumuler avec le bénéfice des mesures de formation résultant de la conclusion d'une convention FNE-formation qui constitue un autre dispositif d'accompagnement des salariés menacés de licenciement pour motif économique. En effet, l'implication des pouvoirs publics dans l'accompagnement social des restructurations ne se limite pas à la prise en charge de l'indemnisation du placement en activité partielle. L'entreprise peut ainsi conclure avec les pouvoirs publics différentes conventions financées par le FNE destinées à favoriser une réinsertion rapide des salariés sur le marché du travail.

B - Les conventions du Fonds national de l'emploi (FNE).

841. Le FNE n'est ni une institution, ni une personne morale de droit public, c'est un chapitre budgétaire créé par loi du 18 décembre 1963 qui lui a assigné pour objet de « *faciliter aux travailleurs salariés la continuité de leur activité à travers les transformations qu'implique le développement économique, et de favoriser, à cette fin, en cas de changements professionnels dus à l'évolution technique ou à la modification des conditions de la production, l'adaptation de ces travailleurs à des emplois nouveaux salariés de l'industrie ou du commerce* »¹.

La mobilisation du FNE pour accompagner les salariés licenciés dans le cadre d'une restructuration de leur entreprise est en baisse depuis quelques années. En effet, après une diminution continue, depuis 2004, du nombre de conventions conclues entre l'État et des entreprises mettant en place une restructuration, leur nombre total a de nouveau augmenté en 2009 à la suite de la crise économique et financière de l'année précédente, avant de connaître une nouvelle baisse depuis 2010². La crise économique de 2008 ayant entraîné de nombreux licenciements pour motif économique et une hausse du taux de chômage, les pouvoirs publics

¹ Loi n° 63-1240, du 18 déc. 1963, relative au Fonds national de l'emploi, art. 1^{er}, JO 20 déc. 1963, p. 11331.

² 1120 conventions ont été conclues en 2008, 2080 en 2009 et 1764 en 2010. DARES analyses, *Les dispositifs publics d'accompagnement des restructurations en 2012*, mars 2014, n° 019.

ont encouragé l'administration territoriale à intensifier son action en mobilisant les conventions FNE et plus particulièrement les conventions FNE-formation dont le nombre a été multiplié par neuf entre 2008 et 2010 avant d'être divisé par deux entre 2010 et 2012¹. La nécessité de réduire les dépenses publiques du fait de « la crise de la dette publique » et des engagements de la France auprès de l'Union européenne de limiter son déficit budgétaire à 3 % maximum de son PIB a ainsi conduit les pouvoirs publics à recentrer les dépenses du FNE sur le financement de mesures tendant à développer l'employabilité des salariés victimes des restructurations, et à favoriser la reprise d'une activité professionnelle, à l'exclusion des mesures de sortie indemnisée du marché du travail.

842. Fin des préretraites AS-FNE. À ce titre, le FNE ne finance plus de dispositifs de préretraite depuis octobre 2011². Les conventions de préretraite AS-FNE n'avaient pas véritablement « bonne presse » puisqu'au lieu de favoriser le reclassement des salariés, elles les excluaient du marché du travail avant l'âge de la retraite. Ces conventions permettaient ainsi aux salariés âgés de 57 ans, licenciés pour motif économique, qui ne pouvaient bénéficier de mesures de reclassement, de partir en « préretraite ». Si ces conventions ne tendaient pas à la réinsertion professionnelle des bénéficiaires, elles pouvaient tout de même permettre d'éviter des licenciements en libérant les postes jusque-là occupés par les préretraités, offrant ainsi des possibilités de reclassement à d'autres salariés. L'emploi des seniors constituant une préoccupation essentielle des pouvoirs publics, qui ont par ailleurs reculé l'âge de départ à la retraite, il n'est dès lors guère surprenant que le FNE ne finance plus ce dispositif.

De même, en ces temps de rationalisation des finances publiques, les pouvoirs publics, soucieux d'optimiser les dépenses du FNE, ont décidé de cesser de financer les dispositifs faisant doublon avec les mesures obligatoires, telles que le contrat de sécurisation professionnelle ou le congé de reclassement. Ainsi, depuis 2008, aucune convention instituant des congés de conversion n'a été conclue³. En effet, ce congé a en réalité peu ou prou la même finalité que le contrat de sécurisation professionnelle ou le congé de reclassement puisqu'il s'agit d'apporter aux salariés licenciés pour motif économique un soutien pour favoriser leur

¹ Seulement 44 conventions formation conclues en 2008 contre 409 en 2010 et 187 en 2012. Source DARES analyses, mars 2014, n° 019, préc.

² Instr. DGEFP n° 2011-23 du 10 octobre 2011 relative à la suspension des conventionnements au titre de la mesure AS-FNE, NOR : ETSD1127548C

³ Source DARES analyses, mars 2014, n° 019, préc.

reclassement externe en leur offrant le bénéfice d'actions de nature à développer leur employabilité.

Des raisons identiques ont conduit les pouvoirs publics à décider de ne financer qu'exceptionnellement des cellules de reclassement par le biais du FNE. L'instruction DGEFP du 21 octobre 2011 affirme que, au regard de la mise en place généralisée du contrat de sécurisation professionnelle, de ses modalités de pilotage et de la mobilisation de Pôle emploi et de ses partenaires ou « sous-traitants », *« il n'y a plus lieu d'apporter un financement public à des cellules de reclassement »*¹. Désormais donc, lorsqu'une entreprise soumise à l'obligation de proposer un contrat de sécurisation professionnelle met en place une cellule de reclassement dans son plan de sauvegarde de l'emploi, elle ne peut plus bénéficier de l'aide financière du FNE sauf circonstances exceptionnelles, comme un afflux de bénéficiaires potentiels tel que les équipes locales des services publics de l'emploi ne sauraient y faire face². La mise en place de la cellule de reclassement visant à accompagner et orienter les salariés menacés de licenciement dans la recherche d'une activité professionnelle est une mesure relativement courante dans les plans de sauvegarde de l'emploi. La cellule, animée par un prestataire extérieur, doit assurer un suivi individualisé des salariés, déterminer un parcours de reclassement adapté à chacun d'entre eux et les accompagner dans ce parcours. Elle doit également rechercher des offres d'emploi et présenter aux adhérents celles qui sont adaptées à leur projet professionnel. La proposition d'offres d'emploi est prioritairement ciblée sur les qualifications et savoir-faire identifiés des salariés. Pour cela, la cellule peut s'appuyer sur le réseau de l'entreprise qui licencie : fournisseurs, sous-traitants, clients ou concurrents susceptibles d'être intéressés par les compétences des salariés licenciés qui peuvent correspondre à leurs besoins de main-d'œuvre.

Ainsi, si ce dispositif se révélait relativement efficace en termes de reclassement puisque deux tiers des salariés suivis par une cellule conventionnée avaient retrouvé un emploi en 2007³, son efficacité n'a cessé de diminuer. En effet, en 2008 seulement 41 % des bénéficiaires d'une cellule de reclassement conventionnée ont retrouvé une activité professionnelle durable (CDI, CDD ou contrat de travail temporaire de six mois au moins, création d'entreprise), contre à peine 34 % en 2010⁴. La proximité de l'accompagnement mis en place par les cellules de reclassement conventionnées avec celui mis en œuvre dans le

¹ Instr. DGEFP n° 2011-24 du 21 oct. 2011 relative à l'articulation du contrat de sécurisation professionnelle (CSP) et des cellules de reclassement, NOR : ETS1128936J.

² Instr. DGEFP n° 2011-24 du 21 oct. 2011, préc.

³ DARES analyses, mars 2014, n° 019, préc.

⁴ DARES analyses, mars 2014, n° 019, préc.

cadre du contrat de sécurisation professionnelle, la baisse de son efficacité et la nécessité de faire des économies en termes de dépenses publiques ont ainsi conduit les pouvoirs publics à cesser de financer les cellules de reclassement par le biais du FNE, sauf circonstances exceptionnelles. Ainsi en 2012 seulement 44 conventions FNE de financement de cellules de reclassement ont été conclues¹.

Les aides financières accordées par le biais du FNE ont donc été recentrées autour de deux dispositifs essentiels en termes de reclassement externe des salariés licenciés pour motif économique : les conventions de formation (1) et celles d'allocation temporaire dégressive (2).

1 - les conventions FNE-formation.

843. Publics concernés. Les conventions de FNE-formation ont pour finalité de contribuer à la formation des salariés fragilisés, en incitant les entreprises à mettre en œuvre des actions de nature à favoriser leur reclassement interne, en cas de menace de licenciement pour motif économique. Ces conventions se situent dans une démarche de prévention des licenciements en permettant le maintien dans l'emploi tout en développant l'employabilité des salariés. Elles sont toutefois susceptibles d'être articulées avec les mesures d'un plan de sauvegarde de l'emploi afin de favoriser le reclassement externe des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu.

Ces conventions s'adressent en priorité, mais non exclusivement, aux entreprises de moins de deux cent cinquante salariés qui rencontrent des difficultés d'emploi immédiates ou à court terme, et ce, quel que soit leur secteur d'activité. Elles sont conclues entre l'entreprise et la DIRECCTE après consultation des représentants du personnel. La durée minimale de ces conventions est d'un an pendant lequel l'employeur s'engage à ne pas licencier les bénéficiaires². Les aides sont destinées, en priorité, aux salariés fragilisés du fait de leur faible niveau de qualification qui sont, de fait, les plus exposés à la perte d'emploi en cas de

¹ DARES analyses, mars 2014, n° 019, préc.

² Il convient d'indiquer qu'avant que la convention ne soit conclue, un expert réalise, pour le compte de l'administration, un rapport sur la demande de l'entreprise et notamment sur le contenu pédagogique et financier du projet. C'est au vu de ce rapport que la DIRECCTE, par délégation du préfet, prend la décision de conclure ou non la convention. Les demandes d'aide à la formation adaptation dépassant une certaine assiette financière, ainsi que celles concernant des établissements appartenant à des groupes d'importance nationale doivent faire l'objet d'un avis de la DGEFP avant que la décision ne soit prise.

restructuration¹. La finalité de ces conventions est de permettre à ces salariés d'acquérir relativement rapidement un savoir-faire, des compétences et qualifications en adéquation avec les besoins de l'entreprise et plus largement ceux du marché du travail local, pour leur assurer une réinsertion rapide en cas de rupture de leur contrat.

844. Actions financées par le FNE-formation. Les conventions peuvent soutenir deux types d'actions : d'une part, les actions de formation destinées à acquérir des connaissances théoriques et pratiques hors poste de travail. Ces formations, dont la durée varie entre 50 et 1200 heures, sont délivrées en interne ou par un organisme librement choisi par l'entreprise. D'autre part, la convention peut appuyer des actions dites d'adaptation au poste de travail dont la durée ne saurait être inférieure à 120 heures improductives². Les formations éligibles au financement public doivent concourir à la reconnaissance des qualifications acquises qu'il s'agisse de la délivrance d'un diplôme, d'un titre à finalité professionnelle ou encore de validation des acquis de l'expérience. Lorsqu'une convention de formation est conclue, le FNE prend en charge une partie des frais pédagogiques et de rémunération des salariés³. Le montant de l'aide allouée varie en fonction de la taille de l'entreprise, du type de formation délivrée et du public concerné⁴.

Si, tout au long des années 2000, relativement peu de conventions de formation ont été conclues, elles ont connu, en 2009 et 2010, une croissance exponentielle⁵. Leur nombre d'adhérents représente plus de la moitié des entrées dans les dispositifs FNE en 2010⁶. Leur nombre a, depuis lors, chuté ce qui est regrettable car la réinsertion professionnelle des salariés victimes des restructurations implique souvent d'assurer le développement de leur employabilité pour multiplier leurs possibilités de reclassement externe. Le financement de formations en adéquation avec les besoins du marché local de l'emploi est en effet susceptible

¹ Niveaux VI, V bis et V de l'Education nationale, c'est-à-dire CFG, brevet des collèges, CAP, BEP.

² En revanche ne sont pas éligibles à cette aide, les actions non transférables, comme les modules de connaissance de l'entreprise ou les actions de sensibilisation à la qualité par exemple.

³ À l'exclusion de l'hébergement et du transport.

⁴ L'aide fait l'objet d'un versement échelonné au fur et à mesure du déroulement des actions conventionnées, le solde étant versé après examen du bilan des formations réalisées. Elle peut être complétée par les Conseils régionaux et par le Fonds social européen. Le total de ces aides doit néanmoins respecter l'encadrement communautaire des aides à la formation du 12 janvier 2001.

⁵ Si de 2008 à 2010 le nombre de conventions de formation a augmenté (44 conventions de formation conclues en 2008, 252 en 2009 puis 409 en 2010), il a chuté entre 2010 et 2012 : seulement 142 conventions conclues en 2011 et 187 en 2012). DARES analyses, mars 2014, n° 019, préc.

⁶ Le nombre d'adhérents est ainsi passé de moins de 1000 en 2008 à plus de 18000 en 2010. Source DARES analyses, juil. 2011, n° 059, préc.

de favoriser un retour à l'emploi durable pour les salariés licenciés pour motif économique. Davantage formés, forts de l'acquisition de qualifications et de compétences recherchées par les employeurs du bassin d'emploi, les salariés sont ainsi mieux armés pour affronter un marché du travail mal portant et retrouver une activité professionnelle. Renforcer l'employabilité des salariés menacés de licenciement pour motif économique du fait d'une restructuration constitue l'un des facteurs favorisant un retour à l'emploi dans les meilleures conditions possibles, et contribue ainsi à atténuer les répercussions néfastes des restructurations destructrices d'emplois sur la situation des salariés.

Afin de lutter contre le chômage, le FNE participe également au financement d'un dispositif incitant les salariés dont l'emploi a été supprimé dans le cadre d'une restructuration à accepter un emploi moins bien rémunéré que leur emploi initial

2 - Les conventions d'allocation temporaire dégressive.

845. Condition du bénéfice de l'allocation. Les entreprises qui mettent en place une restructuration destructrice d'emplois peuvent conclure une convention d'allocation temporaire dégressive financé en partie par le FNE et ce, quelles que soient leur taille et l'ampleur du projet de réduction des effectifs. Cette convention offre aux salariés licenciés, puis reclassés sur un emploi moins bien rémunéré, le versement d'une allocation destinée à compenser provisoirement cette baisse de rémunération. Ne peuvent adhérer à une convention d'allocation temporaire dégressive que les salariés licenciés pour motif économique, quelle que soit leur ancienneté, peu important que la rupture intervienne à l'issue d'un congé de reclassement ou d'un contrat de sécurisation professionnelle. Surtout, pour pouvoir prétendre au bénéfice de l'allocation temporaire dégressive le salarié doit avoir retrouvé un emploi dans le délai d'un an à compter de son licenciement et avoir adhéré à la convention FNE dans les trois mois suivant son reclassement externe.

846. Conditions relatives à l'emploi de reclassement. Pour être éligible au bénéfice de l'allocation, le salarié doit avoir retrouvé un emploi dans une autre entreprise que celle qui l'a licencié, n'appartenant pas au même groupe. Peu importe, en revanche, que le nouvel employeur soit un particulier ou que le salarié soit recruté en tant qu'agent contractuel dans

l'une des trois fonctions publiques, ou dans un établissement public administratif qui leur est rattaché. Pour pouvoir bénéficier du versement de l'allocation temporaire dégressive, le salarié doit avoir retrouvé un emploi stable c'est-à-dire qui a donné lieu à la conclusion d'un CDI, d'un CDD ou d'un contrat de mission d'au moins six mois, le fait qu'il soit exécuté à l'étranger ne constituant pas un obstacle au versement de l'allocation.

847. Allocation temporaire dégressive. Le montant de l'allocation temporaire dégressive est évalué au moment de l'embauche des salariés à partir de la différence existant entre le salaire net moyen perçu au cours des douze mois précédant le licenciement et le salaire net du nouvel emploi¹. Le financement de l'allocation est à la charge de l'entreprise et de l'État dont la participation est doublement limitée : il ne peut financer plus de 75 % de l'allocation, ni verser au bénéficiaire plus de 200 € par mois. L'entreprise contribue au financement de l'allocation dans les conditions qui ont été définies dans la convention conclue avec l'État. Ce n'est que dans l'hypothèse où elle est dans l'incapacité d'assumer cette charge financière, notamment en cas de procédure collective, ou lorsqu'elle est située dans un bassin d'emploi en grande difficulté, qu'elle peut être exonérée de toute participation².

Le versement de l'allocation peut être cumulé avec l'indemnité différentielle de reclassement prévue dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle, ainsi qu'avec l'allocation versée par l'assurance-chômage au titre d'une activité réduite. Elle est perçue par le bénéficiaire pendant deux ans au maximum³. Si le contrat de travail du salarié bénéficiant

¹ Pour déterminer le montant de l'ancienne rémunération sont exclues : les heures supplémentaires, tout comme les primes et les indemnités n'ayant pas le caractère de salaire tels que les frais professionnels, les indemnités de rupture, etc. Si, avant la rupture du contrat, le salarié avait une ancienneté inférieure à 12 mois, il faut reconstituer cette rémunération nette moyenne sur la période passée dans l'entreprise avant son licenciement.

² Si l'entreprise est dispensée de toute participation, seul le montant de la part maximale pouvant incomber au FNE sera versée aux bénéficiaires c'est-à-dire 75 % de l'assiette de l'allocation. L'allocation temporaire dégressive est soumise au prélèvement de la CRDS et de la CSG ainsi qu'à l'impôt sur le revenu dans les mêmes conditions que le salaire. Dans de telles circonstances, le montant de l'allocation versée aux salariés sera limité à la contribution de l'État qui, dans ce cas de figure, peut être portée au maximum à 300 € mensuels par bénéficiaire.

³ La convention conclue entre l'État et l'entreprise peut fixer une durée inférieure à deux ans. Dans ce cas, si le salarié bénéficiaire est reclassé sur un CDD n'excédant pas deux ans, il percevra l'allocation pendant toute la durée du contrat. Si le CDD se prolonge par la conclusion d'un CDI aux mêmes conditions de rémunération, le versement de l'allocation se poursuivra dans la limite de deux ans maximum à compter de l'embauche en CDD. L'allocation est versée en une à trois fractions selon la durée de prise en charge du salarié. Le premier versement est effectué à l'issue des six premiers mois d'exécution du contrat au titre duquel le salarié est admis au bénéfice de l'allocation sur la base des six premiers bulletins de salaire. Le deuxième versement intervient, le cas échéant, six mois après le premier, sur la base des douze premiers bulletins de salaire. Enfin, un éventuel troisième et dernier versement peut intervenir deux ans après la date à laquelle a débuté le contrat sur la base de l'ensemble des bulletins de salaire de l'intéressé sur la période de prise en charge de l'allocation. En cas de bénéfice de l'allocation sur six mois, il ne sera procédé qu'à un seul versement, deux si la prise en charge est comprise entre six et douze mois, et trois au-delà.

de l'allocation est rompu au cours de la période de prise en charge, le montant de l'allocation sera calculé sur la base du temps de travail effectif du salarié.

La conclusion de conventions d'allocation temporaire dégressive avec l'État permet véritablement d'accroître les chances de reclassement des salariés. En effet, la perspective d'un emploi entraînant une perte de revenus par rapport au précédent peut décourager les salariés à candidater pour le poste en question. La possibilité de percevoir une allocation compensant la baisse de rémunération est ainsi de nature à inciter le salarié à accepter cet emploi en dépit des contingences pécuniaires et donc à favoriser la réinsertion professionnelle. Cette convention FNE s'inscrit dans une démarche efficace d'accompagnement des salariés licenciés pour motif économique et rencontre à ce titre un succès relatif. Ainsi, en 2012, plus des deux tiers des conventions FNE étaient des conventions d'allocation temporaire dégressive, étant précisé tout de même que depuis 2009 leur nombre est en net recul¹.

L'instauration du FNE participe de la protection des salariés victimes des restructurations, en les accompagnant vers une réinsertion professionnelle, qu'il s'agisse de compenser la perte de revenus subie en reprenant une activité professionnelle ou de leur offrir le bénéfice des prestations d'accompagnement d'une cellule de reclassement ou de formations permettant de développer leur employabilité. Ces mesures favorisent ainsi leur reclassement professionnel. Eu égard au coût social que représentent les destructions d'emplois résultant de la mise en œuvre de restructuration, les pouvoirs publics ne peuvent se désintéresser du sort des salariés licenciés pour motif économique et participent ainsi grâce aux conventions FNE aux actions permettant, si ce n'est d'éviter les licenciements, au moins de faciliter la reprise d'une activité professionnelle par ces salariés. Les pouvoirs publics français ne sont pas les seuls à s'être mobilisés en ce sens. Les institutions européennes ont également pris la mesure des dangers potentiels des restructurations et ont ainsi instauré le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation destiné à endiguer les effets sur l'emploi des restructurations liées à ce phénomène ou à la crise financière et économique mondiale.

¹ Ainsi en 2009, 1 109 convention d'allocation temporaire dégressive furent conclues, contre seulement 537 en 2012 ; DARES analyses, mars 2014, n° 019, préc.

848. Reconnaissance des effets potentiellement néfastes de la mondialisation au niveau européen. Lors de la réunion du Conseil européen des 15 et 16 décembre 2005 les chefs d’État et de gouvernements de l’Union européenne ont décidé de créer un fonds d’ajustement à la mondialisation afin d’apporter une aide à la réinsertion professionnelle des travailleurs qui perdent leur emploi dans le cadre de restructurations liées à la mondialisation. Dix ans après la fermeture de l’usine Renault à Vilvorde, l’annonce, en novembre 2006, de la suppression par Volkswagen de 4000 emplois en Belgique (affectant indirectement 8000 emplois dans les entreprises en amont et en aval de la filiale), suivie de la relocalisation de la production de la Golf en Allemagne a suscité un vif émoi dans l’opinion publique belge. Ce « faits divers », pour reprendre l’expression de Patrick MORVAN, contribua à accélérer la réforme et l’adoption du règlement instaurant le FEM¹. Ainsi, le 20 décembre 2006 fut créé le FEM, inspiré du *Trade Adjustment Assistance for Workers* né aux États-Unis du *Trade Act* en 1974, réformé en 2009 et renommé *Trade and Globalization Adjustment Assistance Act*².

Comme le soulignent plusieurs auteurs, la création de ce fonds est le premier acte de reconnaissance légale par l’Union européenne des effets potentiellement délétères de la mondialisation et constitue, à ce titre, un exemple intéressant de l’interventionnisme européen³. Ainsi, si le règlement de 2006 commençait par rappeler « *les effets positifs de la mondialisation sur l’emploi, la croissance et la prospérité* », il n’en mettait pas moins en exergue le fait qu’elle « *peut aussi comporter des conséquences négatives pour les travailleurs les plus vulnérables et les moins qualifiés de certains secteurs* »⁴. À ce titre, il est intéressant de souligner que dans les règlements du FEM de 2009 et de 2013 ne figure plus aucune référence aux effets positifs de la mondialisation⁵... Le règlement du FEM a en effet

¹ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 792 et P. MORVAN, « Le Fonds européen d’ajustement à la mondialisation », JCP S n° 4, 23 janv. 2007, act. 36, P. MORVAN, *opus* précité, p. 793.

² En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.* 792, pour un développement relatif au *Trade Adjustment Assistance for Workers*, V. P. MORVAN, art ; préc. et E. WASMER et J. VON WEIZSACKER, « Le fonds européen d’ajustement à la mondialisation : pour quoi faire ? », *Revue de l’OCDE* 2007, n° 102.

³ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 792 et art. préc. ; M. BAZEX et S. BLAZY, « Le Fonds d’ajustement à la mondialisation : un nouvel exemple de l’interventionnisme de l’Union européenne en matière économique et sociale », *Dr. adm.* 2007, n° 5, comm. 80.

⁴ Règlement (CE) n° 1927/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, portant création du Fonds européen d’ajustement à la mondialisation, JOUE n° L 406/1, 30 déc. 2006, consid. 1^{er}.

⁵ Règlement (CE) n° 546/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2009, modifiant le règlement (CE) n° 1927/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, portant création du Fonds européen d’ajustement à la mondialisation, JOUE n° L 167/26, 29 juin 2009 ; Règlement (CE) n° 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2013, relatif au Fonds européen d’ajustement à la mondialisation pour la période 2014-2020 et abrogeant le règlement (CE) n° 1927/2006, JOUE du 20 déc. 2013, L 347/855.

été révisé à deux reprises depuis sa création, notamment pour élargir son champ d'intervention. Le règlement du 17 décembre 2013 a vocation à s'appliquer jusqu'en 2020.

849. *Elargissement du champ d'intervention du FEM.* Après l'effondrement des marchés financiers en 2008, les institutions européennes ne pouvaient ignorer la crise économique et financière mondiale qui a suivi et ses répercussions dramatiques pour nombre d'entreprises qui durent se restructurer et détruisirent de nombreux emplois. Aux termes du règlement de 2006, le FEM n'avait pas vocation à intervenir pour favoriser la réinsertion professionnelle des salariés licenciés dans le cadre de restructurations liées à la crise. Toutefois, au vu des multiples demandes d'aide adressées au FEM pour soutenir les travailleurs ayant perdu leur emploi dans le cadre de restructurations liées à la crise, les institutions européennes décidèrent en 2009 qu'« *il y [avait] lieu de réviser le fonctionnement du FEM par l'inclusion de la dérogation temporaire destinée à aider les travailleurs licenciés en raison de la crise financière et économique mondiale.* »¹. Si la notion de crise implique théoriquement une « manifestation brusque et intense, **de durée limitée**, pouvant entraîner des conséquences néfastes »², la persistance de la crise économique et financière mondiale a conduit les institutions européennes à pérenniser l'élargissement temporaire du champ d'intervention du FEM. Ainsi, le règlement adopté le 17 décembre 2013 prévoit-il la possibilité que le FEM intervienne pour « *[couvrir] les licenciements résultant d'une détérioration grave de la situation économique due à la persistance de la crise financière et économique mondiale, (...), ou causée par une nouvelle crise financière et économique mondiale* »³.

Le FEM a donc désormais pour objectif « *de contribuer à une croissance économique intelligente, inclusive et durable et de promouvoir un emploi durable dans l'Union en permettant à cette dernière de montrer sa solidarité et son soutien aux travailleurs licenciés et aux travailleurs indépendants en cessation d'activité en raison de modifications majeures de la structure du commerce mondial résultant de la mondialisation ou en raison de la persistance de la crise financière et économique mondiale, (...), ou en raison d'une nouvelle crise financière et économique mondiale.* »⁴.

¹ La Commission fit une proposition en ce sens en novembre 2008 qui fut adoptée dans le règlement du 18 juin 2009 ; Règlement (CE) n° 546/2009, du 18 juin 2009, préc., consid. 4.

² Définition issue du dictionnaire en ligne élaboré par le Centre national de ressources textuelles et lexicales.

³ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc. consid. 4

⁴ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 1^{er}

Si le FEM peut être mobilisé pour accompagner et soutenir des salariés licenciés pour motif économique, seules certaines restructurations destructrices de nombreux emplois sont éligibles à une contribution du fonds (1). De même, seules les actions tendant à favoriser la réinsertion professionnelle de ces travailleurs peuvent être financées par le FEM (2), à condition qu'un État membre en fasse la demande et qu'elle soit acceptée par les institutions européennes (3).

1 - Les restructurations éligibles à l'aide du Fonds.

850. Restructuration éligibles à l'intervention du FEM. L'intervention du FEM est cantonnée au soutien de travailleurs licenciés dans le cadre de restructurations destructrices de nombreux emplois en un temps réduit, provoquées par les modifications majeures de la structure du commerce mondial ou par la crise économique mondiale. Sa contribution est ainsi limitée à trois hypothèses précises de destructions massives d'emplois liées à la mondialisation ou à la crise, dont l'importance des répercussions bouleverse l'économie régionale ou locale. Le FEM peut ainsi être mobilisé lorsqu'une entreprise procède à une restructuration entraînant le licenciement d'au moins cinq-cents salariés sur une période de quatre mois¹, étant précisé que doivent être pris en compte les salariés licenciés par les fournisseurs ou les producteurs en aval de ladite entreprise². Pragmatique, le droit social européen prend en considération les liens d'interdépendance entre les entreprises et le risque « d'effet domino » induit par l'importante restructuration d'une grande entreprise dont les partenaires, sous-traitants et fournisseurs, et leurs salariés subissent les effets.

Le FEM intervient également lorsqu'une restructuration affecte tout un secteur d'activité et qu'elle implique le licenciement d'au moins cinq cents salariés sur une période de neuf mois dans une ou plusieurs régions contiguës de niveau NUTS II³, ce qui correspond en France à la Région⁴.

¹ Avant 2009 la contribution du FEM était réservée aux restructurations impliquant 1000 licenciements.

² Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 4, 1, a).

³ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 4, 1, b). La nomenclature des unités territoriales statistiques (NUTS) attribue des codes aux différentes divisions géographiques internes aux États membres. La classification NUTS subdivise ainsi chaque État membre en 3 niveaux: NUTS I, NUTS II et NUTS III. Par ailleurs, le « secteur d'activité » s'entend au sens de la nomenclature européenne des activités économiques (NACE) qui attribue des codes aux différentes activités économiques à l'instar du Code NAF en France.

⁴ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 4, 1, b).

Enfin, une contribution du Fonds peut être octroyée même si les critères des deux hypothèses précitées ne sont pas remplis, lorsque des circonstances exceptionnelles ou de multiples restructurations décidées par plusieurs PME sur des marchés du travail de taille réduite entraînent des « *licenciements [ayant] une incidence grave sur l'emploi et l'économie locale, régionale ou nationale* »¹. Cette hypothèse d'intervention du FEM n'est pas sans rappeler celle dans laquelle certaines entreprises peuvent être contraintes de participer à la revitalisation du bassin d'emploi².

Seuls les salariés ayant perdu leur emploi dans le cadre de l'un des licenciements pour motif économique massifs susvisés, décidés dans le cadre d'une restructuration liée aux modifications majeures de la structure du commerce mondial ou à la crise économique et financière mondiale, peuvent bénéficier de dispositifs financés en partie par le FEM. Si les circonstances ayant entraîné leur licenciement conditionnent le soutien du FEM, aucune distinction n'est en revanche opérée entre les travailleurs. Tous peuvent prétendre au bénéfice des aides financées par le FEM, y compris les travailleurs indépendants contraints de cesser leur activité.

2 - Les actions susceptibles d'être financées par le FEM.

851. Mesures actives du marché du travail. Aux termes du règlement du 17 décembre 2013 et à l'instar des dispositions antérieures, les contributions financières du FEM doivent principalement être orientées vers des mesures actives du marché du travail visant à réintégrer rapidement les bénéficiaires dans un emploi durable, dans leur secteur d'activité initial ou non³. Ainsi, pour être éligibles à l'intervention du FEM, les actions pour lesquelles son aide est sollicitée doivent constituer des mesures actives du marché du travail, s'inscrivant dans un ensemble coordonné de services personnalisés visant à la réinsertion professionnelle des travailleurs privés d'emploi⁴. En effet, la contribution du FEM ne se substitue ni à l'action des pouvoirs publics nationaux, ni « *aux actions relevant de la responsabilité des entreprises* »⁵, elle intervient au soutien de ces actions en participant au financement des mesures

¹ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 4, 2. Dans cette hypothèse, la contribution du FEM est plafonnée à 15 % de son montant annuel maximal.

² En effet, aux termes de l'article L. 1233-84 du Code du travail, certaines entreprises, lorsqu'elles procèdent à « *un licenciement collectif affectant, par son ampleur, l'équilibre du ou des bassins d'emploi dans lesquels elles sont implantées* » peuvent être contraintes de contribuer à la revitalisation du ou des bassins.

³ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., consid. 9.

⁴ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 7, 1.

⁵ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 9.

d'accompagnement des travailleurs licenciés définies par l'État demandeur en concertation avec les entreprises concernées.

La contribution du FEM doit en priorité financer des mesures ayant un effet positif sur l'emploi ; il s'agit de privilégier les dispositifs permettant aux travailleurs licenciés de retrouver au plus vite une activité professionnelle. Le règlement du 17 décembre 2013 insiste sur la nécessité que les demandes de financement adressées au FEM « *mettent l'accent sur des mesures qui favoriseront de manière significative l'employabilité des bénéficiaires* »¹. L'article 7 du règlement du 17 décembre 2013 dresse à ce titre la liste des actions prévues par le projet de soutien aux travailleurs licenciés qui peuvent être éligibles à une contribution du FEM. Sont ainsi susceptibles de bénéficier d'un financement par le FEM les actions d'aide à la recherche d'un emploi, d'orientation professionnelle, de formation ou de reconversion, les dispositifs d'assistance au reclassement externe, de validation des acquis de l'expérience, ou encore les mesures contribuant à la valorisation de l'entrepreneuriat ou à l'aide à un travail indépendant ainsi que celles tendant à favoriser la création ou la reprise d'entreprise par les salariés licenciés². Le FEM a pour objectif principal de financer les dispositifs d'accompagnement social des salariés licenciés, qui sont destinés à développer leur employabilité et à leur permettre de retrouver au plus vite, et dans les meilleures conditions, une activité professionnelle durable, salariée ou non.

À titre secondaire, le FEM peut également participer au financement de mesures pécuniaires de durée limitée telle que des allocations spéciales de recherche d'emploi, des allocations de mobilité, de subsistance ou de formation, à la stricte condition que leurs bénéficiaires soient tenus de participer à des actions d'aide à la recherche d'emploi ou de formation³. De même, le fonds peut contribuer à la prise en charge de mesures d'incitation à l'embauche destinées aux employeurs⁴. Toutefois, les sommes versées par le FEM au titre de ses allocations à destinations des salariés licenciés ou des entreprises ne peut excéder 35 % du total de la contribution accordée au titre de l'ensemble coordonné des services personnalisés mis en place pour faire face aux conséquences des destructions d'emplois résultant de la (des) restructuration(s) ayant motivé la demande d'intervention du fonds⁵. Enfin, le FEM peut être

¹ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., consid. 10.

² Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 7, 1, a).

³ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 7, 1, b).

⁴ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 7, 1, b).

⁵ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 7, 2, a).

mobilisé pour contribuer à la mise en place de mesures incitant « *les chômeurs défavorisés, âgés ou jeunes* » à rester ou à revenir sur le marché du travail¹.

En revanche, le règlement insiste sur le fait que le FEM ne doit prendre en charge que des mesures impliquant une participation active des bénéficiaires à des activités de recherche d'emploi ou de formation, à l'exclusion de mesures passives de protection sociale ou de « *sortie du marché du travail* ». Son objectif est stimuler la création d'emplois et la croissance, en contribuant au financement de dispositifs ayant un effet véritablement positif sur l'emploi et privilégiant le reclassement professionnel des salariés pour lesquels l'État membre a sollicité l'intervention du fonds.

3 – Les modalités d'intervention du FEM.

852. Demande formulée par un État membre. Lorsque l'un des États membres est informé de la mise en œuvre d'une ou plusieurs restructurations entraînant des destructions massives d'emplois liées aux évolutions du commerce mondial ou à la crise économique et financière, il présente à la Commission une demande de contribution du FEM à la prise en charge des actions envisagées pour atténuer l'impact néfaste de cette (ces) opération(s) en favorisant la réinsertion professionnelle des salariés licenciés pour motif économique. Le contenu de la demande qui doit être adressée à la Commission est détaillé à l'article 8 du règlement du 17 décembre 2013². La demande de l'État doit ainsi démontrer le lien entre « *les licenciements (...) et les modifications majeures de la structure du commerce mondial, ou la détérioration grave de la situation économique locale, régionale et nationale à la suite de la mondialisation, de la persistance de la crise financière et économique mondiale ou d'une nouvelle crise économique et financière mondiale* »³. Sa demande doit également mettre en exergue « *les effets attendus des licenciements sur l'économie et l'emploi aux niveaux local, régional ou national* »⁴. Elle doit de surcroît contenir « *une description de l'ensemble coordonné de services personnalisés et des dépenses connexes, y compris, en particulier, de toute mesure à l'appui d'initiatives d'emploi en faveur de bénéficiaires défavorisés, âgés et jeunes* »⁵, ainsi qu'une évaluation du coût des actions prévues¹.

¹ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 7, 1, c).

² Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 8.

³ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 8, 5, a).

⁴ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 8, 5, e).

⁵ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 8, 5, f).

853. *Décision des institutions européennes.* Au vu des informations fournies par l'État membre, éventuellement complétées sur demande de la Commission², celle-ci détermine si les conditions d'octroi d'une contribution financière par le FEM sont, ou non, remplies dans le cadre d'une concertation avec l'État membre qui sollicite l'aide du fonds³. Si la Commission estime que tel est le cas, elle présente au Parlement et au Conseil européens une proposition de mobilisation des ressources du FEM. La décision finale relative à la participation du FEM au soutien des travailleurs licenciés revient à ces deux institutions⁴.

Lorsque les institutions européennes valident la participation du FEM, sa contribution ne peut excéder 60 % du coût total prévisionnel de la mise en œuvre des mesures sociales d'accompagnement prévues dans le cadre de l'ensemble coordonné des services personnalisés faisant l'objet de la demande de financement⁵. Le solde est à la charge de l'État membre ayant sollicité l'aide du FEM. La contribution doit être versée à l'État par la Commission dans les quinze jours suivant l'acceptation de la demande de contribution du FEM par le Conseil et le Parlement européens⁶. La totalité des fonds versés par le FEM doit être utilisée dans les vingt-quatre mois suivant la date de la requête adressée à la Commission⁷.

Six mois au plus tard après l'échéance de ce terme, l'État membre ayant bénéficié de la contribution doit présenter un rapport justifiant ses dépenses et décrivant la nature des actions menées, les principaux résultats obtenus, ainsi qu'un état justifiant les dépenses⁸. Une fois toutes ces informations recueillies, la Commission dispose de six mois pour clôturer la procédure. Afin de s'assurer de l'utilisation conforme des fonds, outre les contrôles financiers et de gestion effectués par les autorités compétentes de l'État membre, les fonctionnaires de la Commission sont habilités à procéder sur place à des contrôles et vérifications. La Commission peut à ce titre demander le remboursement de tout ou partie des fonds alloués à

¹ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 8, 5, h).

² Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 8.

³ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 8, 4.

⁴ « *La décision de mobiliser le FEM est prise conjointement par le Parlement européen et le Conseil dans un délai d'un mois après la saisine du Parlement européen et du Conseil. Le Conseil statue à la majorité qualifiée et le Parlement européen statue à la majorité des membres qui le composent et des trois cinquièmes des suffrages exprimés* », Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 15, 4.

⁵ Jusqu'en 2009 la contribution était plafonnée à 50 % du budget prévisionnel, elle fut augmentée à 65 % en 2009 avant d'être abaissée à 60 % en 2013. Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 13.

⁶ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 16, 1.

⁷ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 16, 1.

⁸ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 18, 1.

un État qui n'aurait pas respecté les obligations énoncées dans la décision d'octroi de la contribution¹.

Il ressort du rapport remis en novembre 2013 à la Commission sur la mobilisation du FEM en 2012, que ce dernier a contribué au financement d'actions de soutien à la réinsertion professionnelle de 15 700 salariés licenciés à la suite d'une restructuration liée à la mondialisation ou à la crise économique et financière mondiale². En 2012, la Commission a reçu les rapports finaux de 41 dossiers dans lesquels le FEM est intervenu lors des années précédentes. Il ressort de ces rapports que la moitié des travailleurs ayant bénéficié d'actions d'aide à la recherche d'emploi, de mesures de formation et d'aide à la réinsertion professionnelles financées en partie par le FEM a retrouvé une activité professionnelle³. À titre d'exemple, le FEM a ainsi débloqué une aide de 24,5 millions d'euros pour accompagner 3 582 salariés licenciés par Renault et ses fournisseurs en octobre 2011 dans trois régions françaises couvrant ainsi 65 % des dépenses exposées pour accompagner ces salariés et leur permettre de retrouver au plus vite une activité professionnelle grâce à des actions de formation et de reconversion⁴. De même, le FEM a été mobilisé pour participer à l'accompagnement de 2 089 salariés de PSA-Peugeot-Citroën licenciés pour motif économique et a ainsi versé 11,9 millions d'euros en 2012 pour financer des dispositifs de reclassement professionnel⁵.

Au-delà de la compression d'effectifs réalisée dans l'entreprise qui se restructure, les critères d'éligibilité des restructurations à la participation financière du FEM au soutien des travailleurs qui perdent leur emploi prennent en considération les incidences que l'opération est susceptible d'avoir sur ses partenaires. Cette approche réaliste de « l'effet domino » que peut avoir la fermeture d'une entreprise sur ses fournisseurs et sous-traitants est également envisagée en France. En effet, le législateur a pris conscience du fait que, si les salariés licenciés pour motif économique sont les premières victimes de la restructuration de leur

¹ Règlement (CE) n° 1305/2013, du 17 décembre 2013, préc., art. 22.

² Rapport de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil concernant les activités du Fonds européen d'ajustement à la mondialisation en 2012, du 14 novembre 2013, COM(2013) 782 final.

³ Ainsi, sur les 28 662 travailleurs des douze États membres ayant sollicité la contribution du FEM au financement des aides à la réinsertion professionnelle, 14 333 ont retrouvé une activité professionnelle. Rapp. de la Commission européenne du 14 nov. 2013, préc.

⁴ Sous l'empire du règlement de 2009, le montant maximal de la contribution du FEM pouvait en effet atteindre 65 % du coût total des prestations mise en œuvre au soutien des travailleurs licenciés. Rapp. de la Commission européenne du 14 nov. 2013, préc.

⁵ Rapp. de la Commission européenne du 14 nov. 2013, préc.

entreprise, ils ne sont pas les seuls. Certaines opérations peuvent, du fait de leur ampleur, avoir des répercussions bien au-delà de l'entreprise. C'est pourquoi, lorsqu'une entreprise procède à une restructuration de nature à bouleverser l'équilibre économique et social de tout un bassin d'emploi, elle doit contribuer à sa revitalisation.

§ 3 – La revitalisation des bassins d'emploi affectés par les restructurations.

854. Si la mise en œuvre d'une restructuration destructrice d'emplois affecte directement la situation des salariés licenciés pour motif économique, elle peut également avoir des répercussions néfastes sur le territoire au sein duquel elle est réalisée. Ainsi, la fermeture d'un site de production ou le prononcé d'un licenciement collectif de très grande ampleur induit, le plus souvent, une réduction des recettes fiscales et, partant, une contraction du budget des collectivités territoriales, mais aussi un ébranlement du marché local du travail résultant de la destruction massive d'emplois dans le bassin, qu'il s'agisse d'emplois directs ou indirects par un « effet domino » atteignant fournisseurs et sous-traitants qui subissent les répercussions de la restructuration de leur partenaire. L'attractivité économique du bassin peut s'en trouver considérablement réduite, notamment si la restructuration touche un secteur à forte innovation technologique¹. Au-delà de sa responsabilité sociale à l'égard des salariés menacés de perdre leur emploi du fait de la restructuration mise en œuvre librement par les dirigeants de l'entreprise, celle-ci a une responsabilité à l'égard du territoire qui subit d'importants dommages économiques et sociaux à cause de cette décision. Le droit social impose ainsi à certaines entreprises d'assumer leur responsabilité territoriale en participant à la revitalisation du bassin d'emploi affecté par la réalisation de la restructuration.

855. Si l'obligation de participer à la revitalisation du bassin d'emploi a été légalement consacrée au début des années 2000, elle fut précédée par des pratiques volontaires de « réindustrialisation » mises en place par de grands groupes industriels dans les années 1960

¹ En ce sens, M. STEPHAN et J. WEINGARTEN : « Les conditions de mise en œuvre d'une revitalisation sur un territoire », in *Restructurations en Europe*, sous la direction de M.-A. MOREAU, SSL, suppl. du 24 nov. 2008, n° 1376, p. 75.

et 1970, notamment dans les secteurs du charbonnage et de la sidérurgie¹. Ces pratiques ont été inspirées par l'identification d'un problème territorial spécifique : les groupes qui les mettaient en place justifiaient ainsi leur implication dans la réindustrialisation en mettant en exergue la distinction entre les mesures de reclassement destinées à permettre aux salariés licenciés de retrouver un emploi et la « réindustrialisation » dont l'objectif était de « réparer les dommages économiques subis par le territoire » du fait de la restructuration, et bien souvent, à faire en sorte que la mise en œuvre de cette opération ne détériore pas trop l'image de l'entreprise et ses relations avec ses interlocuteurs institutionnels².

Ces pratiques « spontanées » ont inspiré le législateur lorsqu'il a instauré, en 2002, la réactivation des bassins d'emploi afin que les entreprises prononçant de grands licenciements collectifs susceptibles, du fait de leur ampleur, de bouleverser l'équilibre économique et social de toute une région, assument leur responsabilité territoriale en contribuant à des actions tendant à favoriser la création locale d'emplois, en partenariat avec les pouvoirs publics³. La loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 a abrogé l'article 118 de la loi de modernisation sociale, siège de l'obligation de contribuer à la réactivation du bassin d'emploi, pour y substituer un dispositif relativement proche, lui aussi placé sous l'autorité du préfet : la revitalisation des bassins d'emplois⁴.

Seule une entreprise soumise au congé de reclassement peut être contrainte à participer à la revitalisation du bassin d'emploi (A), si le préfet estime que sa décision de restructuration impliquant le prononcé de nombreux licenciements affecte l'équilibre économique et social du territoire sur lequel elle est implantée (B). Dans ce cas, l'entreprise peut décider d'exécuter cette obligation soit en concluant une convention de revitalisation avec l'État (C), soit en appliquant un accord collectif concourant au même objectif ce qui représente une infime partie des hypothèses (D).

¹ M. RAVEYRE, « Restructurations, grands groupes et territoires. De l'utilité de la construction d'espaces de coordination localisés », *Géographie, Économie, Société*, 2005/4, Vol. 7, p. 333-346 ; S. GRIMAULT et O. MERIAUX, La mise en œuvre de l'obligation de revitalisation des territoires, un révélateur des relations entre l'entreprise en restructuration et le territoire », Communication à la session spéciale « Mobilités, ancrages et dynamiques organisationnelles », Colloque de l'Association de Science Régionale de Langue Française, Belfort, juillet 2012.

² En ce sens, S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc.

³ Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, préc., art. 118 ; En ce sens, S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc. ; G. BELIER, « La revitalisation des bassins d'emploi ou « réindustrialisation » », *SSL*, suppl. du 26 décembre 2005, n° 1242, p. 41. ; P. MORVAN, *op. préc.*, p. 777.

⁴ Loi du 18 janv. 2005, n° 2005-32, préc., complétée par le décret n° 2005-1084 du 31 août 2005 pris pour l'application de l'article L. 321-17 du Code du travail et modifiant ce code, *JORF* n°204 du 2 septembre 2005, page 14251 ; sur le décret V. G. NOTTE, « Contribution des entreprises à l'équilibre des bassins d'emploi », *JCP éd. E* 2005, n° 37, act. 252.

A - Le champ d'application de l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin d'emploi.

856. Seules les entreprises soumises au congé de reclassement peuvent être tenues par l'obligation de participer à la revitalisation du bassin d'emploi dans lequel elles procèdent à un licenciement collectif d'une ampleur telle qu'il affecte l'équilibre dudit bassin¹. Le champ d'application de l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin emploi a été élargi par la loi du 18 janvier 2005 puisque, sous l'empire des dispositions antérieures, cette obligation ne pesait sur les entreprises qu'en cas de fermeture totale ou partielle de site². Désormais, dès lors que le projet de licenciement collectif affecte, par son ampleur, l'équilibre du bassin, les entreprises sont tenues de participer à des actions tendant à créer des emplois dans le bassin sinistré, à participer à son développement économique en augmentant son attractivité et en stimulant la création ou l'implantation d'entreprises afin d'atténuer ou de compenser les effets néfastes de la restructuration sur le territoire.

857. Si une entreprise employant au moins cinquante salariés, non assujettie au congé de reclassement, projette une restructuration destructrice de nombreux emplois susceptible d'affecter par son ampleur l'équilibre du bassin d'emploi, les pouvoirs publics ne sauraient se désintéresser du devenir socio-économique du territoire sinistré. Il appartient à ce titre au préfet d'intervenir, après avoir, le cas échéant, prescrit une étude d'impact social et territorial, pour faciliter la mise en œuvre d'actions de nature à permettre le développement d'activités nouvelles, et à atténuer les effets de la restructuration envisagée sur les autres entreprises du bassin d'emploi³. Ainsi, lorsque, après avoir pris en considération le nombre et les caractéristiques des emplois supprimés, le taux de chômage et les particularités socio-

¹ En effet, l'article L. 1233-84 du Code du travail siège de l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin d'emploi renvoie à l'article L. 1233-71 relatif aux entreprises soumises au congé de reclassement. Les entreprises ou établissements occupant au moins 1000 salariés sont donc susceptibles d'être tenus de contribuer à la revitalisation, tout comme les entreprises appartenant à un groupe soumis à l'obligation d'instaurer un comité de groupe en application de l'article L. 2331-1 du Code du travail, à la condition que l'entreprise dominante ait son siège social en France et que l'effectif cumulé des entreprises du groupe soit au moins égal à 1000 salariés, que ces derniers travaillent en France ou à l'étranger. De même, sont assujetties à l'obligation de proposer un congé de reclassement et partant sont susceptibles d'être tenues de contribuer à la revitalisation du bassin d'emploi, toutes les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire, soumises à l'obligation de constituer un comité d'entreprise européen en vertu de l'article L. 2341-4 du Code du travail, employant au moins 1000 salariés. Sont exclues du dispositif, toutes celles à l'encontre desquelles est ouverte une procédure collective, peu important leur effectif.

² Loi n° 2002-73, du 17 janv. 2002, préc.

³ Art. L. 1233-87, C. trav.

économiques du bassin emploi ainsi que les répercussions du licenciement collectif sur les autres entreprises du bassin, le préfet estime que le projet de restructuration affecte l'équilibre du bassin, il en informe l'entreprise¹.

Dans les six mois suivant la notification du projet de licenciement à la DIRECCTE, le préfet définit les actions à mettre en œuvre pour favoriser le développement d'activités nouvelles et atténuer l'effet de la restructuration sur les autres entreprises du bassin en concertation avec les organismes concourant au service public de l'emploi et notamment Pôle emploi ou le cas échéant les maisons de l'emploi². Avant d'arrêter le plan d'action, il doit consulter les collectivités locales intéressées, les organismes consulaires et les partenaires sociaux membres de la commission paritaire interprofessionnelle régionale³. La concertation avec les différents acteurs est essentielle. Le préfet doit, à ce titre, encourager la mutualisation des moyens publics et privés de développement d'activités nouvelles, en particulier ceux du Conseil régional et les moyens de droit commun de l'État. À cet égard, le préfet est habilité à mobiliser les crédits d'intervention du Ministère de l'industrie en matière d'études ou d'actions collectives, ou pour appuyer des projets de création d'entreprises. Il s'agit de mobiliser tous les moyens permettant la mise en place d'actions susceptibles de développer l'emploi dans le bassin.

À condition qu'elle soit *in bonis*, l'entreprise et le préfet définissent d'un commun accord les modalités selon lesquelles elle participe, le cas échéant, aux actions de revitalisation compte tenu notamment de sa situation financière et du nombre d'emplois supprimés⁴. La participation de l'entreprise est, en tout état de cause, facultative puisqu'elle est subordonnée à son accord. Toutefois, afin d'inciter les entreprises à participer à la revitalisation du bassin, leurs efforts sont pris en compte pour l'attribution des aides du FNE⁵. L'engagement de l'entreprise dans la revitalisation du bassin d'emploi constitue un point important de la négociation de l'administration du travail relative à la participation du FNE au financement des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi. Outre la contribution éventuelle de l'entreprise, le préfet mobilise l'ensemble des moyens publics à sa disposition au niveau local pour favoriser la revitalisation du bassin, et notamment, le cas échéant, la contribution versée par le fonds européen d'ajustement à la mondialisation.

¹ Art. D. 1233-45, C. trav.

² Art. L. 1233-87.

³ Art. D. 1233-46, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-87, C. trav.

⁵ Art. D. 1233-47, C. trav.

Si les entreprises non assujetties au congé de reclassement peuvent, si elles le souhaitent, participer à la revitalisation du bassin d'emploi affecté par leur décision de supprimer de nombreux emplois, les autres y seront contraintes par le préfet lorsqu'il considère que la restructuration a un impact négatif sur l'équilibre économique et social du bassin.

B - La décision préfectorale relative à l'obligation de participer à la revitalisation du bassin.

858. La notion de licenciement qui « *affecte par son ampleur l'équilibre du bassin* » étant pour le moins imprécise, il revient au préfet de déterminer si la restructuration projetée est de nature à affecter l'équilibre économique et social du territoire et de décider si l'entreprise doit ou non participer à la revitalisation du bassin. Ainsi, lorsqu'une entreprise assujettie au congé de reclassement procède à un grand licenciement collectif, le préfet dispose d'un mois à compter de la décision administrative d'homologation/validation du projet de licenciement collectif pour décider si l'entreprise devra ou non contribuer à la revitalisation du bassin d'emploi¹. En pratique, si la décision relève du préfet, c'est la DIRECCTE qui, dès qu'elle est saisie du projet, commence à évaluer son impact sur le territoire et à engager des discussions avec l'entreprise sur la nécessité d'assumer sa responsabilité territoriale au vu des répercussions délétères de sa décision de compression d'effectif sur le bassin d'emploi².

Dans la mesure où le concept de bassin d'emploi est relativement flou à l'instar de la formule relative aux conséquences de la restructuration sur son équilibre, le préfet, dont la décision est en pratique préparée par les services de la DIRECCTE, dispose d'une grande latitude non seulement dans la délimitation du « bassin d'emploi » mais également dans l'appréciation des répercussions de la restructuration sur son « équilibre ». Il bénéficie à ce titre d'une certaine liberté pour décider si l'entreprise doit s'investir dans la revitalisation du territoire affecté. Toutefois, sa décision de soumettre l'entreprise à l'obligation de contribuer à la revitalisation d'emploi doit être motivée, puisqu'il s'agit d'une décision administrative

¹ Art. D. 1233-38, C. trav.

² S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc.

faisant grief, susceptible de recours hiérarchique devant le Ministre en charge du travail et de l'emploi, ou judiciaire devant le tribunal administratif.

Ainsi, pendant le délai d'un mois qui lui est accordé pour rendre sa décision, l'autorité administrative doit prendre en compte des données objectives telles que le nombre et des caractéristiques des emplois susceptibles d'être supprimés, le taux de chômage et les caractéristiques socio-économiques du ou des bassins d'emploi et les effets du licenciement sur les autres entreprises de ce ou ces bassins¹. Il a ainsi pu être jugé que la suppression de cinquante-quatre emplois n'affectait pas l'équilibre du bassin d'emploi concerné au motif que le taux de chômage du bassin était inférieur aux moyennes nationale, régionale et départementale, que l'opération entraînait moins de quatre licenciements dans les entreprises sous-traitantes et que la baisse des recettes fiscales pour la ville et la communauté d'agglomération concernées était dérisoire². C'est ainsi au regard des caractéristiques socio-économiques du bassin concerné, de l'état du marché local de l'emploi et des répercussions concrètes de la restructuration sur l'activité économique des entreprises du bassin et sur la situation de leurs salariés que le préfet arrêtera sa décision.

Pour évaluer les conséquences des destructions d'emplois, le préfet peut demander à l'entreprise de réaliser une étude d'impact social et territorial mettant en exergue les effets de la restructuration sur les finances des collectivités territoriales, sur l'attractivité économique du bassin, le marché de l'immobilier d'entreprise ou d'habitation, etc.³. Si cette étude n'est en pratique que rarement sollicitée, il ressort d'un rapport de l'IRES que seulement 3 % des conventions conclues en 2008-2009 se sont basées sur une telle étude, une analyse des différentes données précitées a tout de même été réalisée dans 17 % des cas notamment pour déterminer le périmètre de mise en œuvre des actions de revitalisation⁴.

¹ Art. D. 1233-38, C. trav.

² L'impact de la restructuration sur le bassin d'emploi est également apprécié en tenant compte du non-renouvellement de CDD et de contrat de travail temporaires même si ces emplois ne sont pas pris en considération pour déterminer le montant de la contribution financière obligatoire de l'entreprise à la revitalisation du bassin. Instr. DGEFP n°12 du 30 juillet 2008 relative au rôle de l'État dans l'accompagnement des restructurations, le reclassement des salariés licenciés et la revitalisation des bassins d'emploi ; Circulaire DGEFP/DGCIS/DATAR n° 2012-14 du 12 juillet 2012 relative à la mise en œuvre de l'obligation de revitalisation instituée à l'article L. 1233-84 du code du travail, fiche 2 ; Sur cette circulaire, V. F. HEAS, « La revitalisation des bassins d'emploi - Circulaire DGEFP/DGCIS/DATAR n° 2012-14 du 12 juillet 2012 relative à la mise en œuvre de l'obligation de revitalisation instituée à l'article L. 1233-84 du Code du travail. », RDT 2012, p. 629.

³ Art. L. 1233-85, C. trav.

⁴ IRES, « L'obligation de revitalisation des basins d'emplois de la loi du 18 janvier 2005, - Etude portant sur le bilan 2008-2009 de la revitalisation des territoires, faite en application de l'article L. 123-84 du Code du travail », rapp. remis à la DATAR et à la DGEFP en juillet 2011.

En pratique, dès la notification du projet de licenciement à la DIRECCTE celle-ci engage avec les représentants du personnel et la direction de l'entreprise un dialogue au cours duquel est analysée la situation au regard des données objectives précitées, mais aussi des capacités contributives de l'entreprise. Après avoir examiné la situation concrète du bassin d'emploi et les répercussions de la restructuration destructrice d'emploi sur celui-ci, le préfet, qui doit avoir recueilli les observations de l'entreprise, lui indique si elle est ou non soumise à l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin¹.

Si l'entreprise ne respecte pas l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin d'emploi affecté par sa décision de restructuration, elle s'expose à une sanction financière correspondant à 4 SMIC par emploi supprimé qu'elle devra verser au Trésor public. Toutefois, rares sont les entreprises qui ne se plient pas à l'obligation de participer à la revitalisation du bassin d'emploi même si un nombre important d'entre elles assimilent cette obligation à une taxe, voire une pénalité².

Lorsque le préfet lui notifie l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin affecté par sa décision de restructuration, l'entreprise dispose alors d'un délai d'un mois pour décider de satisfaire cette obligation en concluant une convention de revitalisation du bassin d'emploi avec l'État ou en appliquant un accord collectif prévoyant des actions concourant au même objectif. La première hypothèse est en pratique très largement privilégiée. Ainsi, entre 2002 et 2008, 465 décisions préfectorales ont imposé à des entreprises de contribuer à la revitalisation du bassin d'emploi affecté par leur décision de compression des effectifs, et seules 6 opérations de revitalisation ont été exécutées dans le cadre d'un accord collectif valant convention de revitalisation³.

¹ Art. D. 1233-38 C. trav..

² S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc.

³ IRES, rapp. préc.

C - La conclusion d'une convention de revitalisation avec l'État.

859. Négociation de la convention de revitalisation entre l'entreprise et l'État. Si l'entreprise décide de conclure avec l'État une convention de revitalisation du bassin d'emploi, des discussions vont s'engager entre l'autorité administrative (en pratique la DIRECCTE) et le représentant de l'entreprise qui doivent aboutir à la conclusion d'une convention avant l'expiration du délai de six mois, à compter de la notification du projet de licenciement à l'autorité administrative¹. Le temps laissé à la négociation a été considérablement, maladroitement et sans doute involontairement, réduit par le décret du 27 juin 2013 qui a modifié le point de départ du délai d'un mois accordé au préfet pour assujettir l'entreprise à l'obligation de participer à la revitalisation du territoire. Il ne court plus depuis la date de notification du projet à la DIRECCTE mais depuis celle de son homologation qui, par définition, intervient plusieurs mois après la notification du projet ; or le délai de six mois accordé à l'entreprise pour conclure la convention de revitalisation court toujours pour sa part à compter de la notification du projet à la DIRECCTE²... Il semble toutefois qu'en pratique les entreprises ne seront pas immédiatement sanctionnées pour ne pas avoir conclu la convention dans les six mois de la notification du projet à la DIRECCTE alors même qu'elles n'ont été informées de leur assujettissement à l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin d'emploi que peu de temps avant l'échéance de ce délai. En effet, le préfet ne pourra ignorer la brièveté du délai restant à courir pour négocier et conclure la convention et ne devrait donc pas établir le titre de perception relatif à la contribution-sanction avant qu'un délai d'environ six mois se soit écoulé depuis la notification à l'entreprise de son

¹ Art. L. 1233-85, C. trav. L'entreprise doit désigner un représentant chargé d'engager pour son compte les discussions avec le préfet, et ce, particulièrement lorsque son siège social n'est pas implanté dans le bassin d'emploi affecté par la restructuration. Art. D. 1233-39, *in fine*, C. trav.

² En effet, sauf aménagement conventionnel la procédure d'information/consultation des représentants du personnel sur le projet de restructuration et de licenciements collectif s'étale sur deux, trois ou quatre mois selon l'ampleur du projet de compression des effectifs (art. L. 1233-30, C. trav.) et la notification du projet à la DIRECCTE doit intervenir au plus tard le lendemain de leur première réunion (art. L. 1233-46, C. trav.)... À ces délais, il faut ajouter celui accordé à l'administration du travail pour valider ou homologuer le projet *id est* 15 ou 21 jours (art. L. 1233-57-4, C. trav.), étant rappelé que, si elle rend une décision de refus, l'employeur devra amender son projet, consulter à nouveau les représentants du personnel et solliciter à nouveau la validation/homologation du projet... pendant ce temps, le délai de six mois pour conclure la convention court, mais pas celui d'un mois dans lequel le préfet doit informer l'entreprise qu'elle est assujettie à l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin d'emploi affecté par sa décision de restructuration...

assujettissement à l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin affecté par la restructuration¹.

Les négociations entre l'entreprise et l'autorité administrative doivent permettre de déterminer le périmètre géographique du ou des bassins affectés par la restructuration qui bénéficieront des mesures prévues par la convention, de définir les actions de revitalisation envisagées pour assurer le dynamisme économique et social du bassin, de fixer le montant de la contribution de l'entreprise et la durée d'application de la convention ou encore les modalités de suivi et de mise en œuvre des actions².

860. *Délimitation du territoire destinataire des actions de revitalisation.* La détermination du périmètre du ou des bassins d'emplois affectés par la restructuration et qui, à ce titre, sont concernés par les actions de revitalisation, est essentielle et n'est l'objet d'aucun encadrement légal. Le périmètre d'application de la convention de revitalisation est ainsi librement déterminé par le préfet et l'entreprise qui doivent apprécier concrètement l'étendue des répercussions prévisibles du projet de grand licenciement collectif. Si des données objectives telles que le trajet moyen domicile-travail, le secteur géographique de mobilité peuvent constituer des indices³, il apparaît plus pertinent que l'étendue du territoire concerné soit définie au regard du « réseau » d'entreprises affecté par la restructuration⁴. À ce titre, il ressort de l'étude de l'IRES que de plus en plus de conventions se bornent à définir le bassin d'emploi en se calquant sur le champ géographique des collectivités territoriales : commune, communauté de communes, département, etc., ce qui d'un point de vue économique est relativement absurde. À cet égard, l'IRES préconise de privilégier une réflexion en termes de « bassin économique » en établissant par exemple une cartographie des relations industrielles territoriales et des types d'emploi, de la répartition des chiffres d'affaires par type de client, etc. ou en se référant à « des indicateurs directement issus des restructurations, tels que les suppressions d'emploi ou les demandes de chômage partiel dans les entreprises sous-traitantes »⁵. Raisonner en termes d'espace économique et non simplement géographique apparaît ainsi plus pertinent au regard de la finalité du dispositif qui est de compenser les

¹ C'est en effet le préfet qui doit émettre le titre de perception de la contribution égale à quatre SMIC mensuels par emploi supprimé lorsque l'entreprise ne respecte pas l'obligation de contribuer à la revitalisation du bassin d'emploi ; art. D. 1233-44, C. trav.

² Art. D. 1233-40, C. trav.

³ H. GUYOT, « La revitalisation des bassins d'emplois », JCP S 2013, 1276 ; S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc.

⁴ En ce sens, IRES, rapp. préc. ; S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc.

⁵ IRES, rapp. préc.

dommages subis par un territoire du fait d'une restructuration destructrice de nombreux emplois en mettant en œuvre des actions renforçant le dynamisme économique du bassin grâce à la stimulation de la création d'entreprises, à l'encouragement du développement d'activités porteuses, à l'incitation à la création d'emploi, etc. De ce point de vue, lors de la négociation, doivent être prises en compte les « intersections entre frontières géographiques liées aux bassins d'emploi et frontières économiques liées aux réseaux de sous-traitants de l'entreprise en restructuration »¹.

861. Actions de revitalisation. La convention peut prévoir la mise en œuvre de mesures de revitalisation centrées sur les emplois supprimés et le profil de leur titulaire mais aussi, et surtout, des actions qui participent d'une structuration du développement économique local sans lien particulier avec les destructions d'emploi², certains dispositifs concourant à ces deux objectifs.

862. Actions de revitalisation en lien avec les emplois supprimés ou les liens entre responsabilité sociale et responsabilité territoriale de l'entreprise. La convention de revitalisation peut comporter des actions de revitalisation centrées sur les emplois supprimés dont l'objectif est de favoriser la création locale d'emplois susceptibles d'être occupés par les salariés licenciés. Pour ce faire, peuvent être convenues des aides de natures diverses destinées à encourager la création d'emplois ou d'activités, dont les caractéristiques correspondent au profil des salariés licenciés. Il s'agira souvent d'essayer de trouver un repreneur en cas de fermeture du site afin de poursuivre l'activité sur place et ainsi de maintenir les salariés dans l'emploi. À ce titre, les démarches accomplies par l'employeur dans le cadre de l'obligation de rechercher un repreneur lorsqu'il envisage de fermer un établissement sont prises en compte dans la convention³.

Toutefois, la mise en œuvre de mesures de revitalisation orientées principalement vers la réinsertion professionnelle des salariés licenciés relève plutôt de l'objet du plan de sauvegarde de l'emploi que de celui de la convention, qui devra surtout prévoir des actions de revitalisation définies au regard des caractéristiques du bassin d'emploi, sans qu'elles soient forcément dédiées aux salariés licenciés par l'entreprise assujettie à l'obligation. En effet, si

¹ S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc.

² En ce sens, G. BELIER, art. préc.

³ Art. L. 1233-57-21, C. trav.

en pratique la négociation qui s'engage entre l'entreprise et la DIRECCTE est une négociation globale qui porte tant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi que sur les actions de revitalisation du bassin d'emploi, ces deux dispositifs ne poursuivent la même finalité. Le premier relève de la responsabilité sociale de l'entreprise, le second de sa responsabilité territoriale. Pour autant, les frontières entre eux sont poreuses. Ainsi, au titre des mesures susceptibles d'être prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi, l'article L. 1233-62 du Code du travail vise « *des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi* », tandis que l'article L. 1233-85 dudit code dispose que la convention de revitalisation tient compte des actions de même nature éventuellement prévues dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi établi par l'entreprise. De ce point de vue, il est intéressant de souligner que cette nécessaire prise en compte des dispositifs tendant à la revitalisation du bassin d'emploi prévus par le plan lors de la négociation de la convention n'est pas interprétée de la même manière par les entreprises et l'Administration. Les premières s'appuient sur cette disposition pour négocier leur contribution à la revitalisation du bassin d'emploi à la baisse puisque les actions prévues à ce titre par le plan doivent être prises en compte dans la convention, tandis que la seconde y voit l'obligation de diversifier les mesures pour éviter les doublons¹. Le plus souvent la première interprétation l'emporte².

863. Actions de revitalisation tendant au développement économique du bassin. La convention de revitalisation doit prévoir la mise en œuvre d'actions tendant à développer l'emploi dans le bassin sinistré, sans lien particulier avec les caractéristiques professionnelles des salariés licenciés. Il en va ainsi par exemple des aides offertes aux entreprises qui viendraient s'implanter sur le territoire, ou de financements accordés à celles déjà présentes dans le bassin pour qu'elles développent leurs activités et recrutent. Selon Maud STEPHAN et Jörg WEINGARTEN « le plus efficace des outils de revitalisation est l'aide aux PME. Plus de 85 % de la création d'emplois est le fait de PME, sur une base d'extension d'entreprises déjà présentes sur le territoire ou par le biais de la création d'entreprises nouvelles »³. En effet, de nombreuses entreprises porteuses « de projets dormants et créateurs d'emplois » peuvent ainsi être incitées à les mettre en œuvre grâce aux financements prévus par la convention⁴.

¹ IRES, rapp. préc.

² IRES, rapp. préc.

³ M. STEPHAN et J. WEINGARTEN, art. préc.

⁴ M. STEPHAN et J. WEINGARTEN, art. préc.

La prévision de ce type d'aide est de nature à accroître la viabilité de l'opération de revitalisation puisqu'elle devrait permettre un développement économique et social du bassin pérenne en générant des créations d'emplois dans plusieurs entreprises, relevant de secteurs d'activité différents. La diversité du tissu économique du bassin s'en trouve ainsi renforcée ce qui est essentiel et constitue un rempart permettant d'éviter que le territoire ne se retrouve dans la situation dramatique des bassins d'emploi mono-industries dévastés lorsqu'une crise frappe le secteur d'activité qui concentre l'essentiel des emplois, comme ce fut le cas avec la crise du secteur sidérurgique en Lorraine. Des aides à l'embauche ou à l'incitation à l'implantation des entreprises dans le bassin sinistré sont ainsi de nature à créer ou à relancer une dynamique créatrice d'emplois.

De même, la convention de revitalisation conclue avec l'État peut prévoir des mesures de création indirecte d'emplois par le financement d'opérations locales. Il est ainsi possible de mettre en place des subventions destinées à financer des projets portant sur le développement de structures pour l'emploi ou pour l'insertion, mais aussi de prévoir des participations au financement de structures de formation ou de développement local ou encore de mesures portant sur des projets d'innovation. Ainsi, il ressort de l'étude menée par l'IRES que 85 % des conventions conclues en 2008 et 2009 prévoient des aides financières versées directement aux entreprises qui s'implantent dans le bassin ou qui sont en phase de création (72 % des conventions le mentionnent) ou de développement (c'est le cas dans 80 % des conventions)¹. Ces aides financières peuvent prendre la forme de subventions, ce qui est le cas pour 59 % d'entre elles, ou consister en des prêts qui représentent 38 % de ces aides². L'entreprise qui se restructure peut en effet prêter de l'argent à ses fournisseurs ou à ses sous-traitants dont l'activité économique est affectée par la restructuration destructrice d'emplois, afin qu'elles investissent dans des projets consistant à développer de nouvelles activités, à démarcher de nouveaux clients à s'implanter sur de nouveaux marchés, etc. Ces aides peuvent ainsi leur permettre de réduire leur dépendance à l'égard des donneurs d'ordre, en leur offrant la possibilité de diversifier leur activité et leurs partenaires, ce qui contribue à relancer le dynamisme économique du bassin et devrait amoindrir l'impact potentiel sur ces entreprises de l'éventuelle restructuration d'une entreprise partenaire.

Par ailleurs, 34 % des conventions prévoient la cession d'un immeuble appartenant à l'entreprise qui se restructure au bénéfice d'une autre pour un prix inférieur à celui estimé par

¹ IRES, rapp. préc.

² IRES, rapp. préc.

l'administration des domaines, la différence correspondant à une partie de la contribution de l'entreprise à la revitalisation du bassin¹. 12 % des conventions prévoient des aides consistant à mettre à disposition une partie du personnel de l'entreprise débitrice auprès des entreprises qui s'implantent dans le bassin ou y développent de nouvelles activités².

Les conventions peuvent également mettre en place des actions de soutien, d'accompagnement dans les démarches administratives ou des mesures de conseil et d'expertise au bénéfice des entreprises qui viendraient s'implanter dans le bassin, c'est le cas dans 66 % des conventions³.

Ces différentes aides en espèces ou en nature peuvent ainsi contribuer à la consolidation du tissu économique du bassin d'emploi affecté par la restructuration et impulser une vraie dynamique permettant, à terme, des créations d'emplois et l'essor économique du bassin. Afin de renforcer l'efficacité de tels dispositifs, ces actions doivent être définies en fonction des besoins et des priorités en termes de ressources humaines du territoire. De ce point de vue, procéder à un diagnostic social et territorial est essentiel pour orienter les fonds vers des actions de formation qui concourent directement à des recrutements identifiés dans le bassin concerné, ou vers des actions en faveur de la recherche et développement au profit d'entreprises implantées dans le bassin.

À ce titre, si les négociations se déroulent entre le préfet ou le plus souvent la DIRECCTE et l'entreprise, les actions tendant à la création d'activités ou au développement d'emplois sont déterminées après consultation des collectivités locales intéressées, des organismes consulaires et des partenaires sociaux membres de la Commission paritaire interprofessionnelle régionale⁴. Le succès de la revitalisation du territoire implique en effet l'association de toutes les parties prenantes. Ainsi, les élus locaux ou régionaux sont à même de débloquer des fonds pour financer un projet d'insertion de travailleurs en difficulté. De même, les structures économiques locales, comme les chambres de commerce et d'industrie ou les chambres des métiers et de l'artisanat, ou encore les agences économiques de développement, peuvent contribuer par leur connaissance du tissu économique local à orienter les fonds vers les actions les plus efficaces en termes de revitalisation.

¹ IRES, rapp. préc.

² IRES, rapp. préc.

³ IRES, rapp. préc.

⁴ Art. L. 1233-88, C. trav.

864. Mise en œuvre des actions et contribution de l'entreprise. Lors de la négociation, préfet et entreprise doivent définir la durée de la mise en œuvre des différentes actions de revitalisation prévues ainsi que le montant de la contribution de l'entreprise à leur financement. Le Code du travail se contente de fixer la durée maximale de la convention qui ne peut excéder trois ans et le montant minimal de la contribution de l'entreprise qui s'élève à deux fois le montant du SMIC par emploi supprimé¹. Cependant, si l'entreprise est dans l'incapacité d'assumer cette charge financière, le préfet peut fixer un montant inférieur après avoir recueilli l'avis du comité départemental d'examen des problèmes de financement des entreprises ou celui du comité interministériel de restructuration industrielle². La plus grande latitude est laissée par les textes au préfet pour apprécier l'ampleur de la réduction accordée à l'entreprise. S'il existe une contribution minimale, il est tout à fait possible de fixer une contribution de l'entreprise supérieure au minimum légal en considération notamment de l'effet du licenciement sur le bassin d'emploi, des moyens de l'entreprise, des éventuelles mesures contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi et, le cas échéant, des aides au reclassement apportées par l'État.

En pratique, le montant de la contribution de l'entreprise par emploi supprimé et la durée de la convention varient selon l'ampleur du projet de licenciement. Ainsi, il ressort de l'étude de l'IRES qu'un tiers des conventions conclues en 2008-2009 prévoyait une contribution de l'entreprise égale à deux SMIC par emploi supprimé, un tiers trois SMIC par emplois supprimé et un tiers quatre SMIC par emploi supprimé³. La probabilité d'être assujettie à une contribution égale à quatre SMIC par emploi supprimé augmente avec le nombre de licenciements.

La durée de la convention est également fonction de l'ampleur du projet de licenciement. Ainsi, la majorité des projets de restructuration induisant moins de 60 licenciements donnent lieu à la conclusion d'une convention d'une durée inférieure à deux ans, deux tiers des conventions conclues par une entreprise projetant de supprimer entre 60 et 100 emplois prévoient une durée de deux ans et lorsque le projet concerne plus de 100 licenciements la majorité des conventions prévoit une durée supérieure à deux ans⁴.

Pendant cette durée, les actions de revitalisation définies par la convention seront mises en œuvre, les opérations de revitalisation étant dans la majorité des cas confiées à des

¹ Art. D. 1233-40, 3°, et art. L. 1233-86, C. trav.

² Art. D. 1233-43, C. trav.

³ IRES, rapp. préc.

⁴ IRES, rapp. préc. Sur l'ensemble des conventions conclues en 2008-2009, la moitié prévoit une durée de deux ans, un quart une durée inférieure, un quart une durée supérieure.

cabinets de reclassement privés dont le rôle et les pratiques sont l'objet de nombreuses critiques¹. Il leur est ainsi fréquemment reproché de « déresponsabiliser » l'entreprise qui ne s'implique nullement dans les actions de revitalisation. En effet, la majorité des entreprises se contente de participer à la revitalisation des bassins d'emploi en payant la contribution financière sans accomplir elles-mêmes les actions définies dans la convention dont la mise en œuvre est confiée à un cabinet privé². Un nombre relativement important d'entreprises perçoit l'obligation de participer à la revitalisation du bassin d'emploi affecté par leur décision de restructuration comme une taxe, voire une sanction et ne s'investit donc pas dans l'exécution des mesures de revitalisation, se contentant de payer la contribution³.

Le degré d'implication de l'entreprise dans la mise en œuvre effective des actions de revitalisation est en réalité le plus souvent fonction du lien qu'elle entretient avec le territoire concerné et de la nature de la restructuration : si l'entreprise ferme un établissement et de fait « quitte » le bassin elle sera moins encline à s'investir dans la revitalisation. Comme le soulignent Solveig GRIMAULT et Olivier MERIAUX « L'entreprise n'entretient pas les mêmes attentes vis-à-vis du territoire, selon qu'elle le quitte ou qu'elle continue d'y investir. En particulier, les attentes qu'elle sera susceptible de former en termes d'accès aux ressources du territoire – accès à des matières premières, à de la main-d'œuvre, à du foncier, à des prestataires de service... – seront vraisemblablement différentes. Ainsi, parmi les entreprises qui perçoivent le dispositif comme une taxe voire une sanction, on trouve fréquemment des filiales françaises de groupes étrangers et des entreprises qui quittent le territoire. »⁴. À titre d'exemple, un directeur de site d'une filiale d'un groupe multinational exprime les difficultés rencontrées pour justifier auprès du groupe la participation à la revitalisation du bassin d'emploi sinistré : « Cela n'a pas été évident d'expliquer les règles au *corporate*. Il faut montrer au groupe que nous conduisons bien la restructuration – sinon, on ne reste pas longtemps en place –, mais qu'il y a des étapes, des temporalités. De ce point de vue, c'était utile de mettre nos dirigeants face aux élus et aux pouvoirs publics »⁵. En effet, assumer une responsabilité vis-à-vis du territoire sur lequel on est implanté n'a rien de naturel ou d'évident pour nombre de groupes étrangers qui ne connaissent pas ce genre d'obligation dans les pays dans lesquels ils se sont originellement développés. Si un nombre important d'entreprises ne

¹ Sur ces critiques, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 780 ; IRES, rapp. préc. ; S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc.

² IRES, rapp. préc.

³ S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc. ; S. BECHAUX, « La revitalisation des territoires : les boîtes se bornes à payer », *Liais. soc. mag.* juin 2011, p. 34.

⁴ S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc.

⁵ IRES, rapp. préc.

participe que financièrement à la revitalisation du bassin sinistré par leur décision de restructuration d'autres, à l'inverse, « s'accordent sur la nécessité de revitaliser, s'impliquent dans la mise en œuvre des actions de revitalisation, ou font même de cette obligation une opportunité »¹.

Si le rôle essentiel confié aux cabinets privés de reclassement dans la mise en œuvre des actions de revitalisation est l'objet de critiques en ce qu'elle « déresponsabilise » l'entreprise débitrice de l'obligation, leurs méthodes sont également l'objet de vives controverses. Nombre d'entre eux sont ainsi accusés selon l'IRES « d'être des machines à « recycler » des projets déjà existants au lieu de les susciter et de les mettre en œuvre. »². Or cette distinction entre les projets existants et les projets réellement créés ou impulsés par les actions de revitalisation est fondamentale si l'on veut analyser la part d'effet d'aubaine. Elle est d'ailleurs très fréquemment mise en avant par les structures locales comme les agences de développement ou services d'aide aux entreprises des collectivités, pour contester la valeur ajoutée du service rendu par les opérateurs et cabinets privés³. Selon l'IRES, ces interlocuteurs soupçonnent très souvent, voire reprochent, aux cabinets privés de réaliser un « blanchiment de projet » ou de « faire les fonds d'armoire » en extrayant des projets montés par d'autres qui n'avaient pas trouvé de financement au moment où ils avaient été élaborés⁴.

Ces pratiques critiquables ont conduit les pouvoirs publics à être particulièrement vigilants notamment dans le cadre des comités d'engagement. En outre, ils essaient d'imposer la mise en œuvre d'actions endogènes qui ne consistent pas à « détecter » des projets exogènes mais à accompagner des entreprises à fort potentiel, ce qui est le cas de plus en plus de conventions de revitalisation rendant en pratique le « blanchiment de projet » plus délicat à mettre en œuvre⁵. Surtout, eu égard aux critiques adressées à ces cabinets privés qu'il qu'il s'agisse de leurs méthodes ou du coût, souvent très élevé, de leurs services, émerge une volonté des acteurs publics, et notamment de l'État, de limiter leur intervention dans les opérations de revitalisation et de contrôler leurs modalités de rémunération qui sont de plus en plus fonction des résultats obtenus⁶.

¹ S. GRIMAULT et O. MERIAUX, art. préc.

² IRES, rapp. préc.

³ IRES, rapp. préc.

⁴ IRES, rapp. préc.

⁵ IRES, rapp. préc.

⁶ IRES, rapp. préc.

Pour satisfaire l'obligation de revitalisation du bassin d'emploi affecté par sa décision de restructuration l'entreprise peut donc décider de conclure avec l'État une convention de revitalisation, toutefois dans de très rares hypothèses elle préfère exécuter cette obligation en appliquant un accord collectif concourant au même objectif.

D - La mise en œuvre d'actions de revitalisation prévue par un accord collectif.

865. Lorsqu'un accord collectif de groupe, d'entreprise ou d'établissement prévoit des actions tendant à la revitalisation du bassin emploi, l'entreprise peut demander à ce qu'il tienne lieu de convention de revitalisation¹. Elle doit alors informer le préfet de son souhait de satisfaire cette obligation en appliquant l'accord, dans un délai d'un mois suivant la notification de la décision préfectorale obligeant l'entreprise à contribuer à la revitalisation du bassin². Elle doit donc transmettre au préfet la copie de l'accord et l'ensemble des informations, notamment financières, permettant d'évaluer la portée de ses engagements conventionnels³. L'entreprise peut donc participer à la revitalisation du bassin en exécutant un accord collectif, à la stricte condition qu'il ait été conclu avant l'expiration du délai d'un mois précité ; elle ne peut en aucun cas se prévaloir d'un accord à venir dont la négociation serait en cours.

Une fois exprimée la volonté de l'entreprise de satisfaire son obligation par le biais d'un accord collectif, le préfet doit s'assurer qu'il comporte des mesures tendant réellement à dynamiser le marché local de l'emploi et à revitaliser le bassin par le biais de créations d'emplois, de dispositifs tendant à renforcer son attractivité économique, etc. Il appartient également au préfet de vérifier que l'entreprise souscrit dans cet accord des engagements financiers au moins égaux à la contribution légale minimum équivalent à deux fois la valeur mensuelle du SMIC par emploi supprimé⁴. Avant de décider si l'accord peut, ou non, tenir lieu de convention, le préfet doit consulter les collectivités locales intéressées, les organismes consulaires et les partenaires sociaux membres de la commission paritaire interprofessionnelle régionale de l'emploi et leur soumettre l'accord pour avis.

¹ Art. L. 1233-85, C. trav.

² Art. D. 1233-39, al. 1^{er}, C. trav.

³ Art. D. 1233-39, al. 2, C. trav.

⁴ Art. L. 1233-86, C. trav.

À compter de la demande de l'entreprise de mettre en œuvre son obligation par le biais de l'accord collectif, le préfet dispose d'un délai de deux mois, pour s'y opposer¹. À l'expiration de ce délai, s'il n'a pas fait part à l'entreprise de son opposition, qui doit être motivée, l'accord est réputé tenir lieu de convention de revitalisation. Dès lors, l'entreprise exécute l'accord et met en œuvre les diverses mesures conventionnelles de soutien à la création d'emplois, d'actions de formation, d'aides à l'implantation d'entreprises dans le bassin ou d'incitation au développement de nouvelles activités, etc., afin de relancer la dynamique économique du bassin affecté par sa décision de restructuration. Un dispositif de suivi de l'accord collectif est mis en place dans les mêmes conditions que celles en vigueur pour une convention conclue entre l'entreprise et l'État².

Dans l'hypothèse où le préfet s'oppose à ce que la participation de l'entreprise à la revitalisation du bassin d'emploi soit mise en œuvre en application de l'accord, l'entreprise devra tout de même l'exécuter, sous réserve de la prévision d'une condition suspensive d'application de l'accord à l'acceptation du préfet. À défaut et en dépit de l'opposition du préfet, les engagements souscrits dans cet accord s'appliquent, en concours avec ceux prévus par la convention de revitalisation que l'entreprise devra conclure avec l'État pour satisfaire l'obligation de participer à la revitalisation du bassin d'emploi, étant précisé que les engagements souscrits dans l'accord seront pris en compte dans la convention.

Le droit social n'ignore pas l'impact qu'une opération de compression des effectifs est susceptible d'avoir, au-delà de la communauté des salariés, sur le territoire sur lequel est implantée l'entreprise qui se restructure. Afin d'atténuer les effets dévastateurs qu'une restructuration de grande ampleur peut avoir sur l'équilibre de tout un bassin d'emploi, le législateur a donc instauré l'obligation de contribuer à la revitalisation de ce dernier. Cette territorialisation des conséquences ne peut qu'être approuvée eu égard aux répercussions dramatiques que peut avoir, par exemple, la fermeture d'une entreprise locale emblématique. De même, les restructurations industrielles de grande échelle ou les mutations d'une filière historique sur le territoire comme la sidérurgie ou le textile dans le Nord, doivent bénéficier d'un accompagnement afin que ces opérations ne se traduisent pas par la mort économique et sociale de toute une région. L'implication des entreprises qui se restructurent dans le sort

¹ Art. L. 1233-85, *in fine*, C. trav.

² Art. D. 1233-42, C. trav.

réservé tant aux salariés qu'elles licencient, qu'aux territoires affectés par les compressions des effectifs, participe de leur responsabilisation.

Libre de décider de mettre en œuvre une restructuration, le chef d'entreprise ne peut se désintéresser ni de l'avenir des salariés qu'il licencie, ni du sort du territoire sur lequel est implantée l'entreprise qui subit de plein fouet les conséquences de sa décision. Au-delà de leur responsabilité sociale, les entreprises doivent assumer leur responsabilité territoriale. Libre d'entreprendre et de cesser d'entreprendre, libre de réorganiser son entreprise, l'employeur est donc responsable des effets de ses décisions de restructuration. Il est dès lors cohérent que le droit social lui impose de s'investir en aval de la restructuration pour en limiter l'impact non seulement sur ses partenaires, ses fournisseurs et sous-traitants, mais aussi sur le tissu économique et social local. Un chef d'entreprise ne saurait détruire l'équilibre d'une région d'un trait de plume sans être tenu de contribuer à la revitalisation du bassin sinistré en relançant une dynamique de création d'emplois et d'entreprises, grâce à sa contribution à la stimulation de l'économie locale par le biais d'actions décidées et menées avec les pouvoirs publics.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Si le droit social ne peut mettre en cause la décision de restructuration arrêtée par l'employeur, au moins peut-il le contraindre à se préoccuper du sort des salariés menacés de licenciement, grâce à des actions permettant d'éviter ou de réduire le nombre des ruptures induites par l'opération et facilitant la réinsertion professionnelle de ceux qui perdront leur emploi. Les entreprises ont une responsabilité sociale à l'égard de leurs salariés et doivent donc s'impliquer en aval de la mise en œuvre de leur projet économique, pour qu'ils soient placés dans les meilleures conditions pour retrouver une activité professionnelle stable, en dépit du taux de chômage élevé en France et de la conjoncture actuelle peu favorable à la création d'emplois. L'employeur doit donc, dans certaines circonstances, élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi dont la finalité première est d'éviter les licenciements, ou du moins d'en réduire le nombre, par exemple grâce au recours à l'activité partielle ou à des mesures de mobilité au sein de l'entreprise ou du groupe, accompagnées d'actions de formation, ou encore grâce à la recherche d'un repreneur lorsque le projet de restructuration consiste à fermer un établissement. Lorsque ces mesures ne sont pas suffisantes à éradiquer le risque de ruptures de contrats de travail, le plan doit, de surcroît, concourir à favoriser la réinsertion professionnelle des salariés en leur offrant le bénéfice d'un bilan de compétences, d'actions de validation des acquis de l'expérience et surtout d'actions de formation tendant à accroître leur employabilité en leur permettant d'acquérir des compétences et qualifications correspondant à des emplois pour lesquels il existe un besoin de main d'œuvre. Le plan peut également prévoir le recours aux prestations d'un cabinet d'*outplacement* ou d'une cellule de reclassement accompagnant les salariés dans leur recherche d'emploi, ou prévoir la mise en œuvre d'actions d'aide à la création ou à la reprise d'entreprise.

Symbole de l'assomption de sa responsabilité sociale par l'entreprise, le plan de sauvegarde de l'emploi doit contenir l'ensemble des mesures de reclassement interne et externe susceptibles d'être mobilisées par l'employeur à proportion des moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe. Certes, l'employeur est seul débiteur de l'obligation d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi efficace en termes de préservation de l'emploi et de reclassement professionnel, et ne peut contraindre les autres sociétés du groupe à y contribuer. Toutefois, la menace d'un refus d'homologation/validation du plan par la

DIRECCTE sans laquelle les licenciements ne peuvent valablement être prononcés et peuvent même être annulés, devrait offrir à l'employeur un « moyen de pression » sur la direction du groupe pour qu'elle participe au plan, condition indispensable à la mise en œuvre de la restructuration bien souvent décidée à ce niveau. Le rôle essentiel joué par la DIRECCTE, de l'élaboration du plan à l'achèvement de sa mise en œuvre, permet ainsi aux pouvoirs publics de s'assurer que les entreprises assument leur responsabilité sociale et que les salariés sont réellement mis en mesure de retrouver au plus vite et dans les meilleures conditions possibles une activité professionnelle, salariée ou non.

Si le bénéfice du plan de sauvegarde de l'emploi est réservé aux seuls salariés dont l'emploi est menacé par un projet de grand licenciement collectif dans une entreprise de cinquante salariés au moins, tous les salariés menacés de perdre leur emploi dans le cadre d'une restructuration doivent bénéficier de mesures sociales d'accompagnement. Un grand nombre d'entre elles implique une mobilisation de l'entreprise et des pouvoirs publics qui financent partiellement certains dispositifs, ou qui confient la prise en charge des salariés à Pôle emploi qui doit leur offrir un soutien renforcé par rapport aux autres demandeurs d'emploi.

Par ailleurs au-delà de leur responsabilité sociale, les entreprises doivent assumer leur responsabilité territoriale lorsqu'elles procèdent à une restructuration bouleversant l'équilibre économique et social du bassin d'emploi dans lequel l'opération est réalisée. Elles doivent ainsi s'impliquer dans la revitalisation du bassin affecté, en contribuant à la mise en place d'actions de soutien en direction notamment de leurs sous-traitants et fournisseurs pour éviter que la restructuration ne les affecte trop lourdement et les contraignent à licencier des salariés, mais aussi en participant à des actions incitant les entreprises à venir s'implanter dans le bassin et à y créer des emplois, etc.

Si les différents dispositifs d'accompagnement social des restructurations permettent d'atténuer leurs répercussions néfastes sur l'emploi, ils ne les éradiquent pas. Impuissant à remettre en cause les décisions de restructuration, le droit social l'est tout autant à anéantir leur conséquences dévastatrices sur l'emploi. S'il tente de placer les salariés victimes de l'opération dans les meilleures conditions pour retrouver une activité professionnelle, le droit social n'a pas la capacité d'influer sur la conjoncture économique et de permettre la création d'activités et d'emplois permettant d'assurer la réinsertion des salariés licenciés pour motif économique. S'il peut imposer que soient offerts aux salariés les moyens de développer leur employabilité, encore faut-il que des emplois soient créés et que des entreprises recrutent, ce

qui implique une conjoncture économique favorable et relativement stable, facteur sur lequel le droit social et plus largement le droit n'a aucune emprise.

CONCLUSION DU TITRE

866. Le droit social tente de compenser son impuissance face aux décisions de restructuration librement arrêtées et mises en œuvre par les directions d'entreprise, en atténuant leurs conséquences sur la situation individuelle des salariés. Conférant une certaine effectivité au droit à l'emploi, le droit social essaye, autant que faire ce peut, de protéger l'emploi des salariés face aux restructurations de leur entreprise. Ainsi, afin d'assurer la stabilité de l'emploi et de préserver l'intérêt de l'entreprise qui a besoin de salariés pour poursuivre l'exploitation de son activité économique, condition *sine qua non* de sa survie, le droit social impose le maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur en cas de transfert d'entreprise relevant des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Les restructurations justiciables de ce texte ne peuvent donc, sauf exception strictement encadrées, constituer une cause de rupture des contrats qui doivent impérativement être poursuivis avec le repreneur, peu important l'éventuel licenciement, sans effet, prononcé par son prédécesseur à l'occasion du transfert. La préservation de la situation contractuelle est ainsi assurée après la restructuration, tout comme celle de leur situation financière grâce aux mécanismes de solidarité entre employeurs garantissant le paiement, au moins partiel, des créances salariales nées avant l'opération, créances par essence alimentaires.

Si l'opération consistant à transférer une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie et l'identité maintenue ne peut, à l'occasion de sa réalisation, entraîner des licenciements, rien n'interdit en revanche au repreneur, une fois le transfert opéré, de mettre en œuvre une restructuration destructrice d'emplois. Il n'est d'ailleurs pas rare que les parties au transfert anticipent le poids financier des licenciements qui seront prononcés par le repreneur qui réorganisera son entreprise une fois le transfert opéré, afin de supprimer les « doublons » résultant de l'intégration du personnel repris dans la collectivité de travailleurs qu'il employait initialement.

Lorsque la restructuration décidée par l'employeur ne consiste pas à transférer une partie de son activité mais à réorganiser son entreprise pour faire face à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ou sauvegarder sa compétitivité en abandonnant par exemple des techniques de production obsolètes ou des activités déficitaires, des licenciements pour motif économique peuvent être prononcés. S'il est libre de procéder à

une restructuration destructrice d'emplois, l'employeur doit se préoccuper de l'avenir professionnel des salariés dont l'emploi est menacé. Il ne peut se décharger de cette responsabilité sur la collectivité et doit donc mettre en œuvre des mesures sociales d'accompagnement tendant à préserver un maximum d'emplois et à placer les salariés qui seront inéluctablement licenciés dans la position la plus favorable possible pour retrouver rapidement une activité professionnelle.

Afin que les salariés ne se retrouvent pas démunis face à un marché du travail en crise, le droit social a prévu tout un arsenal de mesures destinées à éviter les licenciements et à faciliter la réinsertion professionnelle des salariés licenciés grâce à des mesures de formation développant leur employabilité grâce à l'acquisition de compétences et qualifications leur permettant d'occuper des emplois pour lesquels un besoin de main d'œuvre existe ou encore en leur offrant un soutien renforcé dans leur recherche d'emploi ou dans la mise en œuvre d'un projet de création ou de reprise d'entreprise.

La volonté d'amoindrir les conséquences de la perte d'emploi résultant de la restructuration en offrant aux salariés le bénéfice d'actions tendant à favoriser leur reclassement professionnel est tout à fait louable mais se heurte à la réalité de la conjoncture économique et sociale. Mieux accompagnés dans leur parcours de recherche d'emploi ou de création/reprise d'une entreprise, les salariés licenciés pour motif économique n'en restent pas moins confrontés à un taux de chômage particulièrement élevé en France et à une conjoncture économique instable particulièrement peu favorable aux créations d'emploi. Face aux restructurations sur lesquelles il n'a aucune emprise et à la mondialisation de la production et des échanges commerciaux, le droit social est impuissant à réellement assurer la sécurité de l'emploi, tout au plus peut-il essayer de « sécuriser les parcours professionnels ».

Si le droit social a, avant tout, cherché à protéger la situation individuelle des salariés dont l'entreprise se restructure, il a également essayé d'amoindrir l'impact de ces opérations sur leur situation collective. En effet, afin de pallier le déséquilibre inhérent à la relation individuelle de travail induisant la subordination du salarié à l'employeur, le droit social organise des relations collectives de travail contribuant à l'effectivité du droit des salariés à participer à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants. Dans la mesure où la représentation du personnel est essentiellement organisée au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, une restructuration est susceptible d'avoir des répercussions sur les instances représentatives du personnel qui y sont implantées. De même, un certain nombre de normes collectives ayant pour champ

d'application l'entreprise, sa restructuration peut entraîner la mise en cause du bénéfice de ce statut collectif. En dépit des enjeux considérables qui sont en cause, le législateur ne s'est préoccupé que tardivement et de manière lacunaire de l'impact des restructurations sur la situation collective des salariés. Ainsi afin d'éviter que ces opérations n'entraînent une disparition brutale des droits collectifs des salariés, le droit social tente d'en assurer la stabilité en assurant le maintien, au moins temporaire, des avantages prévus par le statut collectif avant la restructuration mais également, lorsque c'est possible, celui des instances représentatives des salariés par l'intermédiaire desquelles les salariés participent à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise.

TITRE II : L'ATTENUATION DES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA SITUATION COLLECTIVE DES SALARIES

867. Aux termes de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». La mise en œuvre de ce droit fondamental repose sur deux piliers essentiels : le droit à la représentation du personnel au sein de l'entreprise et celui de la négociation collective. Si l'inégalité économique et juridique caractérisant la relation individuelle de travail fait obstacle à l'existence d'une négociation sur un pied d'égalité entre employeur et salarié au niveau individuel, la négociation entre employeur ou organisations patronales et syndicats est susceptible de rétablir au niveau collectif une certaine égalité entre les parties à la négociation.

868. Au-delà de l'organisation économique et sociale destinée à produire des biens et/ou des services, l'entreprise est un espace normé, dans lequel existe une « réglementation privée », faite de diverses normes dont bénéficie la collectivité des salariés. Cet ordre juridique particulier couramment appelé « statut collectif » se compose de multiples normes de différente nature : conventions et accords collectifs de travail, usages, engagements unilatéraux de l'employeur ou encore règlement intérieur dont les objets sont aussi divers que variés. Certaines de ces normes mettent ainsi en exergue l'entreprise en tant qu'espace de production de normes qui lui sont spécifiques pour régir les rapports individuels et collectifs qui se nouent en son sein. Le statut collectif constitue un élément essentiel de la relation de travail parce que les normes qui le composent sont tout à la fois une source de droits et d'avantages pour les salariés, mais aussi un outil d'organisation de la collectivité de travail et,

pour certaines d'entre elles, un moyen pour l'employeur de déroger ou d'adapter certaines dispositions légales à la réalité économique et sociale de son entreprise et aux contraintes auxquelles elle est soumise, en soumettant les salariés à des contraintes professionnelles nouvelles.

Le statut collectif des salariés est donc un instrument, si ce n'est l'instrument essentiel, de la politique sociale de l'entreprise dans laquelle il a vocation à s'appliquer, soit qu'il ait été élaboré en son sein, soit qu'il s'applique à l'entreprise en vertu d'obligations légales ou conventionnelles établies à un niveau supérieur, tel que la branche ou la profession par exemple. Dans la mesure où le statut collectif s'applique dans une entreprise déterminée « à un moment donné », il se trouve à ce titre particulièrement exposé en cas de restructuration de l'entreprise. En effet, conventions et accords collectifs, usages, engagements unilatéraux, règlement intérieur, régimes d'épargne salariale, régimes de protection sociale complémentaire, sont autant de normes collectives dont l'application est susceptible d'être affectée par une restructuration. Non seulement une telle opération peut « faire sortir » l'entreprise du champ d'application de certaines normes collectives édictées à un niveau supérieur, mais un changement d'employeur (consécutif à un transfert d'entreprise par exemple) devrait emporter cessation immédiate de l'application chez le nouvel employeur de l'ensemble des normes qui ont été édictées par son prédécesseur, en application de l'article 1165 du Code civil.

Les enjeux économiques, sociaux et humains sont fondamentaux dans la mesure où le statut collectif est notamment une source d'avantages pour le personnel de l'entreprise, où les régimes de protection sociale complémentaire constituent un élément essentiel de la protection des salariés et de leur famille face au désengagement croissant des régimes de base de la Sécurité sociale, et où les régimes d'épargne salariale offrent aux salariés un revenu complémentaire susceptible d'être épargné à des conditions fiscales avantageuses. En dépit de ces enjeux considérables, le législateur ne s'est penché que tardivement sur le sort du statut collectif des salariés en cas de restructuration, en se limitant à l'édition de règles souvent imprécises et lacunaires, n'envisageant que certaines situations. Les carences du législateur ont dû être comblées par la Cour de cassation qui, en ce domaine également, a su dégager des principes tendant à préserver au mieux la situation des salariés face aux restructurations, en évitant qu'elles n'emportent disparition brutale des droits dont ils jouissent au titre de leur statut collectif. Par ailleurs, la mise en œuvre d'une restructuration met en évidence la nécessité de régler concrètement des problèmes pratiques parfois épineux, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer le sort des régimes d'épargne salariale ou de protection sociale

complémentaire, ce qui fait de la négociation collective l'instrument le plus adapté pour organiser le sort des droits issus du statut collectif après une telle opération. De ce point de vue, l'organisation de négociations en amont de la restructuration entre les différents employeurs et syndicats concernés est de nature à permettre l'élaboration de solutions appropriées aux problèmes concrets soulevés par l'opération, qu'il s'agisse de déterminer le sort des créances salariales acquises par les salariés au titre des régimes d'épargne salariale, d'harmoniser le statut collectif applicable à la collectivité de travail de l'entreprise issue de la restructuration, d'assurer une transition « en douceur » entre l'ancien statut collectif et celui applicable après l'opération, *etc.* Afin de protéger les salariés face aux vicissitudes de la vie de leur entreprise, le droit social impose, lorsqu'il est possible, le maintien, au moins temporaire, des droits et avantages issus du statut collectif applicable avant la restructuration.

869. Si les restructurations « menacent » le statut collectif, elles peuvent également mettre en péril la représentation des salariés instituée dans l'entreprise pour leur permettre de participer à sa gestion et à la détermination de leurs conditions de travail. Le droit social organise la représentation des salariés en imposant la mise en place d'institutions représentatives du personnel lorsque l'entreprise emploie un certain nombre de salariés. Or, l'organisation de la représentation du personnel étant calquée sur celle de l'entreprise, une restructuration emporte donc *a priori* des conséquences sur ces institutions.

Afin de préserver le droit des salariés à être représentés auprès de la direction de l'entreprise pour pouvoir participer à la gestion de cette dernière, le droit social a édicté des principes faisant obstacle à la disparition automatique et immédiate des institutions représentatives du personnel en cas de restructuration. Dès lors, lorsque l'opération n'affecte pas l'autonomie de l'entité dans laquelle elles sont implantées, les institutions survivent à l'opération. À l'inverse, lorsque cette autonomie est remise en cause par la restructuration, le droit social, toujours soucieux de préserver la situation des salariés, subordonne la suppression des institutions représentatives du personnel à la conclusion d'un accord avec les organisations syndicales de l'entreprise ou, à défaut, à une décision administrative en ce sens.

Ainsi, si l'employeur est libre de restructurer son entreprise, le droit social a instauré un certain nombre de garde-fous afin d'éviter qu'il ne dispose d'une « entière maîtrise du sort des institutions représentatives à la suite des décisions unilatérales qu'il prend dans l'organisation de son entreprise »¹.

¹ J. SAVATIER, « Le sort des institutions représentatives du personnel après une restructuration d'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 38.

Faute de réelle emprise sur la décision de restructuration, le droit social, fidèle à l'objectif qui est le sien de protéger les salariés face aux répercussions potentiellement néfastes de ces opérations, tente donc d'assurer, dans la mesure du possible, le maintien de leur situation collective, qu'il s'agisse des droits issus de leur statut collectif (Chapitre I) ou de leur droit à être représentés auprès de l'employeur (Chapitre II).

CHAPITRE I : LES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LE STATUT COLLECTIF DES SALARIES.

CHAPITRE II : LES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA REPRESENTATION DU PERSONNEL.

CHAPITRE I : LES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LE STATUT COLLECTIF DES SALARIES.

870. Le statut collectif applicable au sein de l'entreprise, joue un rôle essentiel : c'est à la fois un instrument d'organisation de l'entreprise, la pierre angulaire de sa politique sociale, et une source de droits et d'avantages pour les salariés. Le législateur n'a cessé d'encourager son développement : qu'il s'agisse d'instaurer des obligations annuelles de négocier sur certains thèmes précis au niveau des entreprises ou des branches, de faire des conventions et accords collectifs un outil au service de l'entreprise lui permettant d'adapter les dispositions légales à la réalité de sa situation, ou d'inciter à, voire d'imposer, la mise en place de régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire. L'essor de la négociation collective « de gestion » et « d'organisation » s'inscrivant dans la mouvance de procéduralisation du droit du travail fait des conventions et accords collectifs un élément capital du statut des salariés.

Les liens d'interdépendance entre le statut collectif et l'entreprise au sein de laquelle il s'applique, voire prend naissance, sont étroits et évidents, et lorsque l'entreprise se restructure il semble tout aussi évident que le statut collectif doit pouvoir évoluer. Mais parce que l'entreprise restructurée est à la fois ancienne et nouvelle, le statut collectif doit à la fois perdurer et s'adapter.

871. Malgré les enjeux économiques, sociaux et humains en cause, le droit social ne s'est préoccupé que tardivement des incidences des restructurations sur le statut collectif des salariés. En effet, il aura fallu attendre 1971 pour que les conventions et accords collectifs de travail cessent de subir de plein fouet l'effet relatif des conventions de l'article 1165 du Code civil, qui induisait pour les salariés la perte des avantages issus du statut collectif négocié par leur employeur, lorsqu'intervenait une modification dans la situation juridique de ce dernier. Désormais, le droit social assure la survie, au moins temporaire, des conventions et accords collectifs de travail dont l'application est mise en cause par une restructuration.

872. Si le législateur a réglementé le sort des conventions et accords collectifs de travail, il ne s'est en revanche aucunement penché sur les répercussions d'une restructuration sur le statut collectif non négocié dont bénéficient les salariés, qu'il s'agisse du sort des usages, des engagements unilatéraux de l'employeur ou encore du règlement intérieur édicté par celui-ci. La Cour de cassation a donc dû combler cette lacune. Fidèle au leitmotiv du droit social qui cherche à protéger les salariés face aux restructurations en essayant d'en amoindrir les répercussions sur leur situation tant individuelle que collective, la jurisprudence écarte l'application de l'article 1165 du Code civil dont les effets auraient été dévastateurs, impliquant pour les salariés la perte immédiate des droits issus du statut collectif non-négocié élaboré avant l'opération. Elle décide ainsi que les normes édictées au sein de l'entreprise : usages, engagements unilatéraux et règlement intérieur survivent après la restructuration. Si, à la différence du mécanisme de la mise en cause des conventions et accords collectifs, la survie du statut collectif non négocié n'est pas temporaire, elle n'en n'est pas moins extrêmement précaire tant il est aisé pour l'employeur de remettre en cause son application, cette fois-ci de manière définitive.

873. Si les régimes d'épargne salariale et les systèmes de protection sociale complémentaire peuvent être mis en place notamment par accord collectif ou décision unilatérale de l'employeur, leur sort en cas de restructuration est l'objet d'un régime spécifique. En dépit d'enjeux économiques et humains considérables, cela fait seulement vingt ans, pour les régimes de participation et d'intéressement, et moins de dix ans pour les plan d'épargne salariale, que le législateur a très partiellement encadré les répercussions d'une restructuration sur ces régimes, tandis qu'aucune disposition légale ne règle spécifiquement l'impact d'une telle opération sur les systèmes de protection sociale complémentaire. Pour ce qui concerne le sort des régimes d'épargne salariale, le législateur a édicté un unique principe, on ne peut plus pragmatique : ils cessent de s'appliquer lorsque leur maintien est impossible après la restructuration. Si, théoriquement, ce n'est donc qu'à la stricte condition que leur survie après l'opération s'avère impossible que les salariés perdent le bénéfice des régimes d'épargne salariale, en pratique, même lorsqu'une restructuration ne rend pas impossible leur poursuite, il sera fréquemment nécessaire d'adapter les régimes en vigueur avant l'opération à la situation de l'entreprise restructurée. En tout état de cause, le droit social garantit aux salariés la préservation de leur créance au titre de l'épargne salariale : une restructuration ne saurait en aucun cas remettre en cause les sommes qu'ils ont acquises à ce titre. Si, en cas de restructuration, le sort de l'épargne salariale n'est l'objet d'un traitement légal que très

parcellaire, la voie conventionnelle constitue un mode privilégié et particulièrement approprié pour régir le sort de ces dispositifs après ces opérations.

874. Même si aucun texte ne réglemente spécifiquement le sort de la protection sociale complémentaire des salariés en cas de restructuration, leur situation n'en est pas moins préservée. En effet, non seulement une restructuration ne saurait remettre en cause leur droit à bénéficier du régime obligatoire de Sécurité sociale ou des régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO, mais divers textes, non dédiés aux conséquences des restructurations sur le sort de la protection sociale complémentaire, ont vocation à s'appliquer dans cette hypothèse, et permettent de préserver les droits des salariés. Ainsi, divers mécanismes ont été instaurés pour assurer le maintien de certaines garanties et prestations en cas de rupture du contrat de travail, de suppression ou de modification de la norme collective support du régime, ou de résiliation ou modification du contrat d'assurance groupe, autant d'événements susceptibles de découler d'une restructuration.

875. Le droit social a édicté différents principes permettant d'assurer, après la restructuration, la survie au moins provisoire des conventions et accords collectifs, usages et engagement unilatéraux et règlement intérieur en vigueur dans l'entreprise avant l'opération (Section I). De même, il garantit, dans la mesure du possible, le maintien des régimes d'épargne salariale et de protection sociale après la restructuration ; celle-ci ne saurait en aucun cas remettre en cause les créances des salariés au titre de l'épargne salariale, ou leurs droits acquis en matière de protection sociale complémentaire (Section II).

Section I : Le sort du statut collectif en cas de restructuration.

Rares sont les entreprises dans lesquelles ne s'applique aucune convention ou accord collectif de travail. En effet, au-delà des nombreuses obligations annuelles d'ouvrir des négociations (non de conclure un accord) sur des thèmes précis, au niveau de la branche et de l'entreprise, les tendances actuelles de procéduralisation et de décentralisation de l'édiction des normes travaillistes encouragent l'essor de la négociation collective. Ainsi, la conclusion de conventions collectives au niveau de la branche permet d'harmoniser les conditions sociales de la concurrence entre entreprises intervenant sur les mêmes marchés et d'adapter la norme légale aux particularités du secteur d'activité. Quant à la négociation collective au niveau de l'entreprise, elle lui offre davantage de flexibilité en lui permettant d'aménager les dispositions légales et les stipulations des accords collectifs conclus à un niveau supérieur¹, en tenant compte de sa situation spécifique. Les conventions et accords collectifs, qui peuvent notamment déterminer les conditions de rémunération des salariés ou l'aménagement et l'organisation de leur temps de travail², constituent une source de droits et d'avantages dont l'application peut être mise en cause par la réalisation d'une restructuration. En effet, une telle opération est susceptible de « faire sortir » l'entreprise du champ d'application de ce statut collectif négocié. C'est pourquoi, afin d'atténuer l'impact des restructurations sur les droits et avantages conventionnels, le droit social a mis en place un mécanisme assurant leur maintien, au moins temporaire, au profit des salariés, et permettant d'organiser une « transition en douceur » vers le nouveau statut collectif négocié applicable après la restructuration (§ 1).

Si le législateur a réglé le sort des conventions et accords collectifs en cas de restructuration, il n'a en revanche pas encadré les conséquences d'une telle opération sur le statut collectif non négocié. Afin de pallier la carence du législateur et d'éviter qu'usages, engagements unilatéraux et règlement intérieur de l'entreprise ne disparaissent après la réalisation d'une restructuration, la jurisprudence impose le maintien de l'ensemble du statut collectif non négocié par-delà la restructuration. Si, à la différence du maintien des conventions et accords collectifs, celui du statut collectif non négocié n'est pas limité dans le temps, il convient de ne pas se méprendre sur son caractère « intangible ». En effet, la Cour

¹ Dans les limites fixées par la loi.

² La loi du 20 août 2008 a en effet promu la négociation collective d'entreprise comme vecteur privilégié d'aménagement et d'organisation du temps de travail. Loi n° 2008-789, du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO du 21 août 2008, p. 13064.

de cassation impose certes le maintien des usages, engagements unilatéraux de l'employeur et règlement intérieur de l'entreprise après une restructuration, mais ce maintien est particulièrement précaire tant il est aisé pour l'employeur de remettre en cause le bénéfice de ces normes au profit des salariés (§ 2).

§ 1 – Le maintien provisoire du statut collectif négocié mis en cause par une restructuration.

876. Il aura fallu attendre la loi du 13 juillet 1971 pour que le législateur français encadre le sort des conventions et accords collectifs de travail en cas de restructuration¹. Jusqu'alors, ces normes subissaient de plein fouet l'effet relatif des conventions² : en cas de changement d'employeur, les salariés perdaient automatiquement le bénéfice de leur statut collectif négocié, dès lors que le nouvel employeur était tiers aux accords conclus par son prédécesseur ou qu'il n'était pas membre d'un groupement ayant signé les conventions collectives applicables avant la substitution d'employeurs. Le droit social a donc mis en place un mécanisme réalisant un compromis entre cette privation brutale du bénéfice des dispositions conventionnelles et l'incorporation au contrat de travail des clauses des accords collectifs, incorporation rejetée tant par les milieux patronaux que la jurisprudence³. Afin de préserver les droits des salariés et d'éviter que les restructurations ne se traduisent par la perte des avantages contenus dans les conventions et accords collectifs, la loi du 13 juillet 1971 a instauré un mécanisme de survie provisoire des accords mis en cause par une restructuration. Ainsi, après la recodification de 1973, l'article L. 132-7, alinéa 2, du Code du travail disposait qu'« *en cas de mise en cause des accords ou conventions collectives, notamment par fusion, cession, scission, ces accords ou conventions sont maintenues en vigueur jusqu'à leur remplacement par de nouvelles conventions ou, à défaut de la conclusion de celles-ci, pendant une durée d'un an à compter de la date d'effet desdites mesures* [de restructuration] ».

Le souci de préserver les droits conventionnels des salariés en cas de restructuration a trouvé un écho en droit communautaire qui, s'inspirant du droit français, a inclus dans la

¹ Loi n°71-561, du 13 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du Chapitre IV-bis du Titre II du Livre I du code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du Titre II de la loi n°50-205 du 11 février 1950 relatives à la procédure de médiation, JO du 14 juillet 1971, p. 6939.

² Art. 1165, C. civ.

³ Cass. soc., 27 juin 2000, JCP G 2000, 10446, note L. GAMET ; Cass. soc., 10 juin 2003, Dr. soc. 2003, p. 887, obs. C. RADÉ.

directive du 14 février 1977, depuis modifiée à deux reprises, l'article 3 § 3 qui énonce qu'en cas de transfert d'entreprise « *le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective* ». La directive précise que « *les États membres peuvent limiter la période du maintien des conditions de travail sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an* »¹.

L'article L. 132-7, alinéa 2, du Code du travail fut modifié en 1982 dans le cadre des lois Auroux qui reprirent et complétèrent le dispositif instauré en 1971 en l'intégrant à l'alinéa 7 de l'article L. 132-8 du Code du travail². Maladroitement greffée sur le texte relatif à la dénonciation des accords collectifs à durée indéterminée, cette disposition utilisait le regrettable mécanisme du renvoi qui rendait le texte difficilement accessible et compréhensible³. La Commission de recodification a fort heureusement remédié à ces inconvénients en dédiant un article spécifique à la mise en cause de l'application des conventions et accords collectifs. L'article L. 2261-14 du Code du travail reprend ainsi l'ensemble du dispositif instauré en 1982 complété par la jurisprudence, sans renvoi aucun au mécanisme de la dénonciation, clarifiant ainsi le sort des dispositions conventionnelles mises en cause par une restructuration⁴. Introduit initialement dans le Code du travail pour atténuer les effets de la mise en cause de l'application des accords collectifs à durée indéterminée sur les droits conventionnels des salariés grâce à un mécanisme assurant leur survie temporaire (A), l'article L. 2261-14 du Code du travail ne devrait pas s'appliquer aux accords à durée déterminée dont les salariés devraient, selon nous, pouvoir se prévaloir jusqu'à l'échéance de leur terme, peu important la restructuration de l'entreprise (B).

¹ Dir. n° 2001/23, du 12 mars 2001, préc., art. 3, §2.

² Loi n° 82-957, du 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux), JORF du 14 novembre 1982 p. 3414

³ Pour une critique de ce texte, V. J.-M. OLIVIER, « L'impact des transferts sur les normes collectives en vigueur dans l'entreprise », Dr. soc. 2005, p. 743 ; Y. AUBREE, « Transferts d'entreprise (aspects collectifs) », Rep. trav. Dalloz.

⁴ En réalité, les dispositions conventionnelles pas plus que les conventions et accords collectifs ne sont mis en cause, c'est leur application qui est mise en cause, cependant par commodité de langage nous emploierons parfois l'expression mise en cause des dispositions conventionnelles ou mise en cause des conventions et accords collectifs.

A - La mise en cause des conventions et accords collectifs de travail à durée indéterminée.

Si une restructuration met en cause l'application d'une convention ou d'un accord collectif (1), les salariés continuent à bénéficier de ses dispositions pendant un délai de survie de quinze mois (2), sauf à ce qu'un accord de substitution soit conclu durant cette période. Dans ce cas, l'accord mis en cause cesse d'être applicable dès l'entrée en vigueur de celui qui lui est substitué (3). À défaut d'accord de substitution conclu pendant le délai de survie, l'accord mis en cause cesse de s'appliquer au terme de la période de quinze mois ; les salariés conservent alors le bénéfice des avantages individuels qu'ils ont acquis sur son fondement (4).

1 - Le domaine de la mise en cause des conventions et accords collectifs.

877. *Sortie du champ d'application de l'accord.* Toutes les restructurations n'entraînent pas automatiquement la mise en cause du statut conventionnel des salariés. Si l'article L. 2261-14 du Code du travail énonce expressément que la mise en cause d'un accord collectif peut résulter « *notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité* », ce texte se contente de dresser une liste non-exhaustive des hypothèses de mise en cause¹, sans aucunement définir le « concept » même de la mise en cause du statut collectif. Pour que le bénéfice d'un accord collectif soit mis en cause, il faut que la restructuration fasse sortir l'entreprise ou l'établissement dans lequel travaillent les salariés du champ d'application de l'accord. Pour mémoire, pour que les salariés puissent invoquer les droits issus d'un accord collectif, il est nécessaire d'une part que l'entreprise ou l'établissement soit couvert par le champ professionnel et géographique défini par l'accord², et d'autre part que leur employeur ait conclu l'accord ou soit membre d'un groupement signataire³, sauf accord étendu par arrêté⁴. Dès lors qu'une restructuration entraîne la sortie de

¹ Comme en témoigne la présence de l'adverbe « notamment »

² Art. L. 2222-1, C. trav.

³ Art. L. 2262-1, C. trav.

⁴ L'extension permet au Ministre du travail d'imposer le respect des dispositions d'une convention collective à tous les employeurs compris dans son champ d'application géographique et professionnel même s'ils ne sont ni signataires de la convention ni membres d'une organisation signataire ou adhérente. Art. L. 2261-15 et s., C. trav.

l'entreprise ou de l'établissement du champ d'application professionnel, géographique ou personnel de l'accord, il est mis en cause.

878. *Sortie du champ d'application professionnel : changement d'activité principale.* Les conventions et accords collectifs sont susceptibles d'être mis en cause lorsqu'une entreprise change d'activité principale. Ainsi, si une entreprise cède l'un de ces établissements et que cette cession a pour conséquence de modifier l'activité principale de l'entreprise, ce qui peut être le cas lorsqu'une activité jusque-là accessoire devient l'activité principale, la convention de branche est mise en cause si la nouvelle activité principale de l'entreprise n'est pas dans son champ d'application professionnel¹. Il peut en aller de même lorsqu'une entreprise est absorbée par une autre. Si l'activité principale de la structure issue de l'absorption ne relève pas de la même convention collective, la convention de branche jusqu'à lors applicable dans l'entreprise absorbée sera mise en cause, sauf si l'entreprise absorbée constitue un centre autonome d'activité. En effet, dans un souci d'unité du statut collectif de l'ensemble du personnel, seule la convention de branche régissant l'activité principale de l'entreprise est en principe applicable à tous ses salariés, toutefois son application est écartée lorsque « *des salariés exercent une activité nettement différenciée dans un centre d'activité autonome* » qui relèvent alors de la convention de branche relative à l'activité principale de leur établissement². Toute restructuration entraînant une modification de l'activité principale de l'entreprise ou de l'établissement dans lequel travaillent les salariés est donc susceptible d'entraîner la mise en cause de la convention de branche, dès lors que la nouvelle activité principale de l'entreprise n'est plus comprise dans son champ d'application³.

879. *Sortie du champ d'application géographique.* Les conventions et accords collectifs de travail définissent leur champ d'application géographique. Les partenaires sociaux de certaines branches ont ainsi conclu des accords au niveau départemental ou régional. Dès lors, toute restructuration impliquant le transfert du siège social de l'entreprise d'un département à un autre⁴, ou la délocalisation d'un établissement d'une région vers une autre, peut mettre en cause les accords collectifs départementaux ou régionaux applicables

¹ Cass. soc., 9 fév. 1994, Bull. civ. V, n° 50 ; Cass. soc., 15 mars 2011, n° 10-11.635, inédit.

² Cass. soc., 6 déc. 1995, Bull. civ. V, n° 333 ; GADT, 4ème éd., 2008, n° 167.

³ Cass. soc., 15 mars 2011, n° 10-11.635, inédit.

⁴ Cass. soc., 21 mai 1997, Bull. civ. V, n° 182 ; D. 1997, IR 151.

jusqu'à lors dans l'entreprise ou l'établissement, sous réserve de l'élargissement de l'accord par arrêté ministériel¹.

880. *Sortie du champ d'application personnel.* Tout transfert d'entreprise ou d'établissement justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, à l'exclusion des cessions uniquement conventionnelles ou volontaires, implique un changement d'employeur susceptible de mettre automatiquement en cause les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement conclus par le cédant². En revanche, une telle opération n'affecte pas l'applicabilité de la convention de branche dont relèvent les salariés transférés, si le nouvel employeur est membre de l'un des groupements signataires (ou en cas d'extension de la convention³), et à condition que l'entreprise du cessionnaire relève de son champ professionnel et géographique. Par ailleurs, une simple cession de parts sociales d'une société n'affectant pas la personnalité morale de cette dernière, et partant la personne de l'employeur, ne met pas en cause les conventions et accords collectifs applicables en son sein⁴.

881. *Modification de la structure décisionnelle.* Si, dans une entreprise composée de plusieurs établissements distincts, l'un d'eux était assujéti à un accord d'établissement conclu entre le chef d'établissement et les organisations syndicales représentatives à son niveau, cet accord peut être mis en cause par une restructuration consistant à fusionner cet établissement avec un autre. Il en va de même si un accord d'entreprise ou la DIRECCTE, constate la perte de la qualité d'établissement distinct⁵, du fait par exemple de la disparition sur place d'un représentant de l'employeur⁶.

En outre, lorsqu'une entreprise membre d'une unité économique et sociale (UES) ou d'un groupe sort de ce groupement à la suite d'une restructuration, les conventions et accords collectifs conclus au niveau de l'UES ou du groupe sont automatiquement mis en cause⁷.

¹ L'élargissement permet au Ministre du travail d'élargir à un secteur géographique ou professionnel l'application d'une convention collective conclue dans un autre secteur géographique ou professionnel. Art. L. 2261-17, C. trav.

² En ce sens V. not. Cass. soc., 26 fév. 1992, Bull. civ. V, n° 132 ; Cass. soc., 20 janv. 1998, Bull. civ. V, n° 23.

³ Art. L. 2261-15 et s.

⁴ Cass. soc., 18 janv. 2006, Bull. civ. V, n° 18 ; Bull. Joly sociétés 2006, n° 6, p. 786, note C. NEAU-LEDUC.

⁵ Art. L. 2314-31, C. trav. (établissement distinct pour la mise en place des délégués du personnel) ; art. L. 2322-5 (pour la mise en place d'un comité d'établissement).

⁶ En ce sens, B. TEYSSIE, « Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail », in *Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, Litec coll. « Droit », 1996, p. 75 et s., spec. p. 86.

⁷ Cass. soc., 21 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 195 ; Dr. ouv. 2009, p. 131, note C. MENARD ; JCP G 2009, II, 10010, note F. DUMONT.

L'employeur ne saurait refuser d'appliquer le régime de la mise en cause en invoquant la prétendue caducité de l'accord conclu au niveau de l'UES dont l'application était subordonnée à l'existence de l'UES¹. L'article L. 2261-14 du Code du travail est en effet d'ordre public et son application ne peut donc être écartée ni par les dispositions de l'accord mis en cause², ni par la volonté de l'employeur ou des salariés qui ne peuvent renoncer par avance au bénéfice de ce texte.

882. Disparition des signataires. Il convient de mentionner l'hypothèse particulière de la disparition de l'ensemble des signataires d'un accord qui entraîne la mise en cause de son application³. La loi du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale⁴, a profondément réformé les conditions de représentativité syndicale notamment en subordonnant la qualité de syndicat représentatif à une condition d'audience aux dernières élections professionnelles⁵. Tenus de prouver périodiquement leur représentativité en démontrant notamment leur légitimité électorale, la perte de la représentativité de tous les syndicats signataires d'un accord collectif n'est désormais plus une hypothèse d'école. Le législateur a donc inséré l'article L. 2261-14-1 dans le Code du travail qui dispose que la perte de la représentativité de tous les syndicats signataires d'une convention ou d'un accord collectif n'entraîne pas la mise en cause de son application.

Dès lors qu'une restructuration implique la sortie de l'entreprise ou de l'établissement du champ d'application professionnel, géographique ou personnel d'une convention ou d'un accord collectif, ses dispositions sont automatiquement mises en cause, entraînant ainsi l'application des dispositions de l'article L. 2261-14 du Code du travail. Soucieux d'éviter la disparition brutale des avantages conventionnels mis en cause, le droit social a prévu un délai de survie de ces dispositions pendant lequel les salariés peuvent continuer à s'en prévaloir.

¹ Cass. soc., 21 oct. 1998, préc.

² Cass. soc., 21 oct. 1998, préc.

³ Cass. soc., 16 mars 1995, Bull. civ. V, n° 91 ; D. 1995, Somm. 369, obs. E. DOCKÈS ; Dr. soc. 1995, p. 370, concl. R. KESSOUS ; JCP G 1995, II, 22419, rapp. J.-Y. FROUIN.

⁴ Loi n° 2008-789, du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JORF, du 21 août 2008, p. 13064.

⁵ Art. L. 2122-1 C. trav.

883. Automaticité de la mise en cause. Si la restructuration de l'entreprise entraîne sa sortie du champ d'application de tout ou partie des conventions et accords collectifs à durée indéterminée en vigueur jusqu'alors, les salariés bénéficient des règles protectrices instituées à l'article L. 2261-14 du Code du travail. L'application du régime de la mise en cause du statut conventionnel est automatique et ne donne lieu à aucune formalité de quelque sorte que ce soit. La mise en cause résulte de plein droit de l'événement qui l'a entraînée, sans qu'il soit besoin de la notifier¹. L'employeur n'est ainsi pas tenu d'informer les salariés de la mise en cause de l'application des dispositions conventionnelles, pas plus qu'il ne lui appartient de respecter la procédure de dénonciation des conventions et accords collectifs de travail².

884. Rejet de l'application immédiate et exclusive du nouveau statut collectif. On a pu s'interroger sur l'application du principe du maintien temporaire des règles collectives mises en cause lorsque le nouvel employeur est soumis, dès avant le transfert, à l'application d'un statut collectif distinct de celui mis en cause par l'opération³. L'article L. 2261-14 prévoyant la survie des dispositions mises en cause « *jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué* » s'est ainsi posée la question de l'application immédiate et exclusive du statut collectif en vigueur chez le nouvel employeur impliquant la cessation définitive de l'application de la convention mise en cause. Le débat doctrinal entre partisans et opposants de la substitution automatique et exclusive du nouveau statut a finalement été tranché par la Cour de cassation en faveur des seconds⁴. Ainsi, le nouvel employeur ne peut imposer aux salariés transférés l'application immédiate et exclusive du statut collectif en vigueur dans son entreprise. Si ce statut s'applique aux salariés transférés au jour de la restructuration, il n'emporte pas pour autant cessation de l'application des dispositions mises en cause qui ont vocation à régir la situation des salariés repris jusqu'au terme de la période de maintien provisoire prévue à l'article L. 2261-14 du Code du travail⁵.

¹ Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-21.103, inédit.

² Cass. soc., 26 fév. 1992, Bull. civ. V, n° 132 ; Cass. soc., 20 janv. 1998, Bull. civ. V, n° 23.

³ Il convient d'indiquer que par commodité de langage nous évoquerons la mise en cause de l'application des conventions et accords collectifs en cas de transfert d'entreprise impliquant ainsi la distinction entre le nouvel employeur et l'ancien. Pour autant, les propos ici développés sont valables pour une mise en cause résultant par exemple d'un changement d'activité ou d'une délocalisation, alors même qu'aucun changement n'affecte la personne de l'employeur.

⁴ Pour un exposé des divers arguments présentés, V. Y. AUBREE, art. préc.

⁵ Cass. soc., 13 nov. 2007, RDT 2008, p. 38, obs. P. WAQUET ; Cass. soc., 10 fév. 2010, Bull. civ. V, n° 36 ; Dr. soc. 2010, p. 476, obs. C. RADÉ ; Cass. soc., 30 juin 2010, n° 08-45.600, inédit.

La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que « *la convention ou l'accord substitué [à celui mis en cause] visé par [L. 2261-14] est celui résultant de la négociation qui doit s'engager dans l'entreprise [issue de la restructuration], soit pour l'adaptation des dispositions conventionnelles antérieures à celles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions selon le cas* »¹.

Le droit européen condamne également l'application immédiate et exclusive du statut en vigueur chez le cessionnaire, ce dont certains ont pu douter. En effet, la directive imposant la survie des dispositions conventionnelles d'origine jusqu'à « *l'entrée en vigueur ou de l'application d'une **autre** convention collective* » et non d'une « nouvelle » convention, certains en ont déduit que le droit européen était favorable à l'application immédiate et exclusive des accords collectifs en vigueur chez le nouvel employeur². En réalité, tel n'est pas le cas. La CJUE s'est en effet prononcée contre l'application immédiate et exclusive du nouveau statut collectif³. La position retenue par les jurisprudences européenne et nationale ne peut qu'être approuvée dans la mesure où retenir l'application immédiate et exclusive du statut collectif en vigueur chez le nouvel employeur aurait réduit quasiment à néant la portée de l'article L. 2261-14 du Code du travail, eu égard à la raréfaction des hypothèses dans lesquelles le nouvel employeur n'est soumis à aucune convention ou accord collectif. Il semble que l'intention du législateur ne soit pas tant d'éviter le vide conventionnel que de préserver la situation collective des salariés transférés en assurant le maintien temporaire des dispositions mises en cause, obstacle à leur disparition brutale. L'article L. 2261-14 du Code du travail permet ainsi une transition entre le statut collectif d'origine et celui en vigueur chez le nouvel employeur. À ce titre, selon la Cour de cassation le délai d'un an a « *pour but de permettre l'organisation de négociations afin d'adapter l'accord à la nouvelle structure de l'entreprise ou de définir de nouvelles dispositions* »⁴, négociations dont l'équilibre est préservé par l'application provisoire des dispositions affectées par la restructuration.

885. Entreprises à statut. Il convient tout de même de réserver l'hypothèse du transfert d'une entreprise soumise à des conventions et accords collectifs de travail vers une

¹ Cass. soc., 14 mai 1992, Bull. civ. V, n° 310 ; J. DÉPREZ, « Cession d'entreprise et compétition entre conventions collectives applicables aux salariés transférés », RJS 7/92, p. 451 ; Cass. soc., 1^{er} déc. 1993, Bull. civ. V, n° 50 ; Cass. soc., 19 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 386.

² F. GÉA, « Restructurations : l'anticipation de la mise en cause de l'accord collectif », RDT 2010, p. 715 ; A. MAZEAUD, « Accords collectifs et restructurations », Dr. soc. 2008, p. 69 ; Y. AUBREE, art. préc. ; L. AICARDI, th. préc.

³ CJUE, 6 sept. 2011, aff. C-108/100, point 76, S. LAULOM, « De nouvelles précisions en matière de transfert d'entreprise », SSL 2012, n° 1531, suppl., p. 7.

⁴ Cass. soc., 21 oct. 2008, préc.

entreprise dont le personnel est régi par un statut réglementaire. En effet, les dispositions de ces statuts ne peuvent être contredites par des accords collectifs qui ne peuvent que les compléter¹. La Cour de cassation écarte donc l'application de l'article L. 2261-14 du Code du travail dans une telle hypothèse. Les dispositions du statut réglementaire du personnel s'appliquent automatiquement aux salariés transférés et se substituent immédiatement à leur statut collectif d'origine². En réalité, rien ne semble s'opposer juridiquement à ce que les dispositions du statut collectif mises en cause par la restructuration et qui sont compatibles avec le statut réglementaire survivent par-delà l'opération de transfert, en application de l'article L. 2261-14 du Code du travail. Dans ce cas les salariés devraient pouvoir revendiquer le bénéfices des clauses du statut et des dispositions conventionnelles mises en cause compatibles avec ce dernier, sans pour autant pouvoir cumuler les avantages issus de ces deux sources ayant le même objet ou la même cause.

886. *Concours de statuts collectifs.* Tant qu'aucun accord de substitution n'est conclu, l'employeur ne peut donc priver les salariés du bénéfice du statut collectif mis en cause durant le délai de survie. En effet, à l'instar du maintien des contrats en cas de transfert justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la survie temporaire des dispositions conventionnelles mises en cause est d'ordre public. Les salariés ne peuvent donc renoncer par avance au bénéfice de tout ou partie des droits qu'ils tiennent de la convention ou de l'accord mis en cause, et notamment pas conclure un avenant à leur contrat de travail afin d'y intégrer une clause en ce sens³. Si au cours du délai de survie l'employeur refuse aux salariés le bénéfice des dispositions conventionnelles mises en cause par la restructuration, ils pourront prendre acte de la rupture de leur contrat ou solliciter sa résiliation judiciaire. La rupture produira alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁴. De même, si l'employeur licencie un salarié au seul motif qu'il a refusé l'application immédiate et exclusive de la convention collective préexistante dans son entreprise, le licenciement sera dépourvu de cause réelle et sérieuse⁵.

Au cours du délai de survie, les salariés repris bénéficient non seulement des stipulations mises en cause, mais également du statut collectif applicable chez le nouvel employeur ou dans l'entreprise une fois la restructuration réalisée. Pendant le délai de survie,

¹ Cass. soc., 12 juil. 1999, D 1999, IR 210 ; RJS 1999, n° 1161 ; art. L. 2233-2, C. trav.

² Cass. soc., 17 mai 2005, Bull. civ. V, n° 164 ; LPA, 30 janv. 2006, n° 21, p. 7, note J. CHORIN.

³ Cass. soc., 26 mai 1998, Bull. civ. V, n° 278 ; Cass. soc., 13 nov. 2001, Bull. civ. V, n° 344.

⁴ Cass. soc., 4 mars 2009, Bull. civ. V, n° 58.

⁵ Cass. soc., 13 nov. 2007, préc.

les salariés dont le statut a été mis en cause par l'opération peuvent donc réclamer non seulement l'application de ce dernier mais aussi celle des normes conventionnelles en vigueur dans l'entreprise cessionnaire ou restructurée, à condition toute de même d'en remplir les conditions¹. Désormais intégrés dans la collectivité de travail de l'entreprise cessionnaire ou soumis au nouveau statut collectif en vigueur dans l'entreprise restructurée, les salariés dont le statut collectif a été mis en cause peuvent donc relever de différents statuts collectifs pendant le délai de survie. Le concours de conventions collectives qui en résulte se règle selon les principes du droit commun applicables en matière de conflit de conventions collectives. Ainsi, conformément à sa position traditionnelle, la Cour de cassation affirme, au visa du « *principe fondamental, en droit du travail, selon lequel en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* », qu'en cas de concours de conventions collectives résultant de la survie du statut mis en cause « *les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé* »². Pour mémoire, la détermination du caractère « plus favorable » d'une stipulation doit être appréciée globalement pour l'ensemble du personnel de l'entreprise, avantage par avantage, et non en s'intéressant à la situation personnelle d'un salarié³.

887. Inapplication critiquable des clauses de revalorisation mises en cause au cours du délai de survie. Le nouvel employeur ne pouvant évincer l'application des dispositions conventionnelles mises en cause au cours du délai de survie, les salariés transférés peuvent donc se prévaloir, pendant cette période, de l'ensemble des droits et avantages, individuels et collectifs, prévus par le statut collectif négocié d'origine. Pendant le délai de survie, ils peuvent invoquer l'application de dispositions conventionnelles autorisant la désignation de délégués syndicaux d'établissement. L'employeur ne peut en effet prétexter que cette possibilité était prévue en considération de la taille de l'UES, et ne saurait par conséquent valablement invoquer la caducité de ces dispositions du fait de la sortie de l'UES⁴.

L'ensemble des dispositions mises en cause a ainsi théoriquement vocation à s'appliquer au cours du délai de survie, ce qui devrait permettre aux salariés de bénéficier pendant quinze mois (sauf conclusion d'un accord de substitution) non seulement des diverses

¹ Cass. soc., 4 fév. 2009, Bull. civ. V, n° 37 ; Dr. ouv. 2009, p. 500, note M. POIRIER.

² Cass. soc., 23 nov. 2010, n° 09-40.493, inédit ; Cass. soc., 10 fév. 2010, préc. ; Cass. soc., 30 juin 2010, préc. ; Cass. soc., 28 mars 2012, JCP E 2012, 1631, note A. COEURET et D. JONIN.

³ Cass. soc., 18 janv. 2000, Bull. civ. V, n° 27.

⁴ Cass. soc., 21 oct. 2008, préc.

primes prévues par l'accord mis en cause mais aussi des modalités conventionnelles de leur revalorisation. Or, la Cour de cassation adopte en la matière une position *contra legem* éminemment critiquable puisqu'elle décide que les salariés ne peuvent prétendre au paiement d'une prime prévue par l'accord mis en cause « *que pour le montant de sa valeur acquise lors du transfert du contrat de travail* », et refuse d'appliquer au cours du délai de survie les clauses conventionnelles de réévaluation d'une prime d'ancienneté¹. Cette position adoptée dans arrêt de 1993 inédit, isolé et ancien, a été récemment réitérée dans un arrêt publié, relatif à la dénonciation d'un accord collectif. La Cour de cassation a ainsi affirmé que « *les salariés [ont] droit au maintien du niveau de rémunération atteint au jour où cet accord avait été dénoncé, ils ne [peuvent] plus prétendre (...) à la réévaluation de leur salaire selon les dispositions de cet accord* » au cours du délai de survie², solution transposable à l'hypothèse de la mise en cause d'un accord collectif. Cette solution exclut donc l'application de certaines clauses mises en cause au cours du délai de survie, alors même que l'article L. 2261-14 du Code du travail impose au nouvel employeur de respecter au cours de ce délai l'ensemble des stipulations de l'accord mis en cause, tant individuelles que collectives. Cette solution revient à appliquer « avant l'heure » la règle du maintien des avantages individuels acquis dont théoriquement le montant ne devrait être gelé qu'à l'expiration du délai de quinze mois. Il semblerait opportun que la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence puisqu'en excluant au cours du délai de survie l'application des règles de revalorisation des avantages conventionnels, elle réduit, sans fondement juridique aucun, la protection accordée par l'article L. 2261-14 du Code du travail aux salariés dont le statut conventionnel est mis en cause du fait d'une restructuration. De surcroît, cette position est contraire au droit européen qui impose le maintien par le cessionnaire des « *conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant* »³.

888. Délai survie des dispositions mises en cause. L'article L. 2261-14, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose que l'accord mis en cause continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord de substitution ou à défaut « *pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis* » de trois mois prévu à l'article L. 2261-9 du Code du travail, sauf clause prévoyant une durée supérieure. Alors que l'ancien article L. 132-8, alinéa 7, du Code du travail ne faisait pas de référence au préavis, la Commission de recodification a

¹ Cass. soc., 10 nov. 1993, n° 89-42.529, inédit, Dr. soc. 1994, p. 52.

² Cass. soc., 26 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 32.

³ Dir. n° 2001/23, du 12 mars 2001, préc., art. 3§3.

intégré à l'article L. 2261-14 du Code du travail la jurisprudence déduisant du renvoi opéré dans l'ancien article L. 132-8, alinéa 7, que « *la mise en cause d'une convention ou d'un accord collectif prévue par [ce texte] (...) est assimilée à une dénonciation, laquelle nécessite un préavis d'une durée de 3 mois* »¹. Décrite par certains², l'exigence du respect d'un préavis assure donc aux salariés le bénéfice de l'ensemble des droits issus de l'accord mis en cause pendant une durée minimale de trois mois, à l'expiration de laquelle débute le délai de survie d'un an³.

Si l'article L. 2261-14 du Code du travail offre la possibilité aux parties d'instaurer un délai de survie d'une durée supérieure à un an, « *la clause qui prévoit sans fixation de délai le maintien en vigueur, de la convention collective [mise en cause] jusqu'à la prise d'effet de la nouvelle ne [peut] constituer l'exception prévue par [ce texte]* » ; « *ni les dispositions de la convention collective applicable, ni un éventuel manquement de l'employeur à son obligation de négocier [ne sont] de nature à assurer le maintien des accords [mis en cause] au-delà de la durée prévue par [cet article]* »⁴. Cette solution ne peut qu'être approuvée dans la mesure où permettre aux parties de prolonger le délai de survie pour une durée indéterminée revient en réalité à éluder les effets de l'article L. 2261-14 du Code du travail en faisant obstacle à la contractualisation des avantages individuels acquis à l'extinction de l'application de l'accord mis en cause, ce que le caractère d'ordre public de cet article prohibe purement et simplement.

Ainsi, afin d'atténuer l'impact des restructurations sur le statut collectif des salariés et d'éviter sa disparition pure et simple, le droit social impose à l'employeur d'appliquer

¹ Cass. soc., 22 juin 1993, Bull. civ. V, n° 176 ; Dr. soc. 1993, p. 659, rapp. P. WAQUET.

² V. not. L. AICARDI, th. préc.

³ Cass. soc., 14 mai 1992, Bull. civ. V, n° 310 ; Cass. soc., 1er déc. 1993, Bull. civ. V, n° 296 ; Cass. soc., 9 fév. 1994, Bull. civ. V, n° 50 ; Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-46.473, inédit. Il convient tout de même de mentionner l'existence de plusieurs arrêts de la Cour de cassation dans lesquels elle énonce que les dispositions mises en cause continuent de produire effet pendant une durée d'un an « à compter de la mise en cause » qui résulte de plein droit du transfert (Cass. soc., 31 mai 1994, n° 93-40.887 ; Cass. soc., 14 déc. 1994, n° 94-50.060, Cass. soc., 10 juil. 1997, n° 95-44.037, inédits.) ou de « l'application effective de l'absorption » (Cass. soc., 22 fév. 1995, Dr. soc. 1995, p. 395, obs. J.-P. CHAUCHARD ; la Cour de cassation a également estimé en matière de dénonciation d'un accord collectif que l'accord dénoncé « continue de produire effet pendant une durée d'un an à compter de la dénonciation », Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 01-60.823, inédit). Cette jurisprudence est éminemment critiquable en ce qu'elle contribue à réduire la période pendant laquelle les salariés peuvent se prévaloir des droits issus de l'accord mis en cause, et partant est en contradiction avec l'esprit des textes relatifs à la mise en cause. Ces arrêts, rendus sous l'empire de l'ancienne codification, ne constituent sans doute pas, selon Yann AUBREE dont nous partageons l'analyse, un courant jurisprudentiel dissident et ne sont certainement que le fruit de « coquilles rédactionnelles » particulièrement regrettables. Il est en effet indispensable que les juges prennent garde à la rédaction de leurs arrêts tant il serait déplorable que des justiciables fondent des recours sur ces décisions contra legem (Y. AUBREE, art. préc.). En toute hypothèse, la Cour de cassation ne saurait réitérer cette position contraire non seulement à l'esprit mais aussi à la lettre de l'article L 2261-14, qui depuis la recodification mentionne expressément que les accords mis en cause continuent de produire effet pendant une durée d'un an « à compter de l'expiration du délai de préavis ».

⁴ Cass. soc., 12 févr. 1991, Bull. civ. V, n° 62 ; JCP E 1991, I, 181, note P. POCHET, à propos d'une dénonciation ; cette solution est transposable à l'hypothèse d'une mise en cause.

l'ensemble des dispositions conventionnelles mises en cause pendant un préavis de trois mois à l'expiration duquel elles continuent à recevoir application pendant une durée d'un an, à moins que ne soit conclu un accord de substitution.

3 - La conclusion d'un accord de substitution.

L'article L. 2261-14, *in fine*, du Code du travail dispose que lorsque l'application d'une convention ou d'un accord collectif est mise en cause « *une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise concernée, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois suivant la mise en cause, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles stipulations* ». Si ce texte instaure simplement une obligation de négocier un accord de substitution et non une obligation de conclure, la conclusion d'un accord de substitution est la condition indispensable pour que les stipulations mises en cause cessent définitivement de s'appliquer et que les avantages individuels acquis sur leur fondement ne s'incorporent pas aux contrats de travail à l'issue du délai de survie. Si la loi subordonne la cessation de l'application des dispositions mises en cause à l'entrée en vigueur d'un accord de substitution au cours du délai de survie, elle est pour le moins laconique s'agissant des modalités de négociation de cet accord (a) et de son contenu (b).

a - La négociation d'un accord de substitution.

Aux termes de la loi, la négociation de l'accord de substitution « *doit s'engager dans l'entreprise concernée, à la demande d'une des parties intéressées* ». Cette obligation ne pèse donc pas particulièrement sur l'employeur qui a toutefois tout intérêt à inviter les organisations syndicales à négocier un accord de substitution pour mettre fin à l'application des stipulations mises en cause, et éventuellement unifier le statut collectif applicable à l'ensemble de la communauté de travail issue de la restructuration. Dans la mesure où la négociation de substitution poursuit un objectif spécifique, *id est* l'adaptation du statut mis en cause aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, ou l'élaboration de nouvelles stipulations, elle ne saurait être confondue avec les différentes négociations annuelles obligatoires. De ce point de vue, il est essentiel que l'ordre du jour de la réunion dédiée à la négociation de substitution indique précisément son objet. Si la loi ne précise ni le niveau ni les parties à la négociation d'un accord de substitution (α), elle indique en revanche que la négociation de substitution doit s'engager « *dans les trois mois suivant la mise en cause* », texte que la Cour de cassation interprète très librement (β).

α - Les parties et le cadre de la négociation de substitution.

889. Cadre de la négociation de l'accord de substitution. Faute de précision légale, la Cour de cassation affirme que « *l'employeur et les organisations syndicales [ont] qualité pour négocier un accord d'entreprise ou d'établissement permettant l'adaptation du statut collectif en vigueur dans l'entreprise cédée à la convention collective de branche nouvellement applicable* »¹. Ainsi, la négociation de substitution peut être menée au niveau de l'entreprise ou du seul établissement au sein duquel le statut collectif a été mis en cause par la restructuration, à la stricte condition qu'il conserve la qualité d'établissement distinct une fois l'opération réalisée. Il est nécessaire que l'établissement conserve son autonomie au sein de la structure d'accueil pour que les mandats des délégués syndicaux désignés au niveau de cet établissement soient maintenus. Dans ces circonstances, l'employeur pourra donc négocier au niveau de l'établissement l'adaptation du statut mis en cause avec ces délégués, particulièrement concernés puisqu'issus de la collectivité de travail affectée par la mise en

¹ Cass. soc., 9 fév. 1994, préc.

cause du statut collectif. S'il peut décider de mener la négociation au seul niveau de l'établissement repris, une négociation menée au niveau de l'entreprise dans sa globalité présente, pour sa part, l'avantage de lui permettre d'instaurer un statut collectif unifié pour l'ensemble de son personnel.

Pour entrer en vigueur, l'accord de substitution doit satisfaire aux conditions de validité d'un accord collectif d'entreprise, qu'il s'agisse de la capacité des parties, de la signature de l'accord par des syndicats ayant recueilli au moins 30 % des suffrages aux dernières élections professionnelles, de l'absence d'opposition des organisations majoritaires, des règles de publicité, etc. À ce titre, seuls les délégués syndicaux¹, ou, dans les entreprises employant au moins deux-cents salariés dans lesquelles il n'y a pas de délégué syndical, les représentants des sections syndicales désignés par une organisation syndicale non représentative, sont susceptibles de négocier et de conclure un accord de substitution². En effet, d'une part l'accord de substitution doit être un accord collectif à l'exclusion de tout accord atypique ou engagement unilatéral de l'employeur³, et d'autre part, si la loi du 20 août 2008 a prévu dans les entreprises de moins de deux-cents salariés dépourvues de délégué syndical la possibilité de négocier avec les représentants élus du personnel et⁴, en leur absence, avec des salariés mandatés⁵, le champ des thèmes ouverts à ces négociations dérogatoires est limité et n'inclut pas la négociation d'un accord de substitution⁶. Aucun accord de substitution ne pourra donc être conclu dans les entreprises dans lesquelles il n'y a aucun délégué syndical ou délégué du personnel exerçant ces fonctions, ni représentant de la section syndicale habilité à conclure un accord dans les entreprises d'au moins deux-cents salariés en l'absence de délégué syndical.

890. Restructuration et représentativité. Lorsqu'il décide d'ouvrir une négociation pour conclure un accord de substitution, l'employeur est tenu d'y inviter toutes les organisations syndicales représentatives au niveau auquel l'accord est négocié ; à défaut l'accord sera nul. Reste donc à déterminer quelles organisations syndicales sont

¹ Ou les délégués du personnel faisant fonction de délégués syndicaux, désignés par une organisation syndicale représentative.

² Art. L. 2143-1, al. 1er, C. trav.

³ Cass. soc., 9 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 311.

⁴ Art. L. 2232-21 et s. C. trav.

⁵ Art. L. 2232-24 et s. C. trav.

⁶ Ils ne « peuvent négocier et conclure des accords collectifs de travail sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords collectifs mentionnés à l'article L. 1233-21 », art. L. 2232-21 et L. 2232-24, C. trav.

représentatives une fois la restructuration opérée, étant rappelé que depuis la loi du 20 août 2008 pour être représentative une organisation syndicale doit avoir recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, selon le niveau auquel elle entend exercer une prérogative réservée aux syndicats représentatifs¹. À ce titre, lorsque le législateur de 2008 a mis fin à la présomption de représentativité et instauré de nouveaux critères de représentativité, il n'a pas encadré l'impact d'une restructuration sur le paysage syndical de l'entreprise et n'a notamment pas déterminé les modalités d'appréciation de l'audience électorale de chaque syndicat une fois l'opération effectuée. Cette carence n'est pas sans soulever de difficultés lorsqu'il s'agit de vérifier que l'accord a bien été conclu par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections, et qu'il n'est pas l'objet d'une opposition de la part de celles ayant obtenu au moins 50 % des suffrages lors de ce premier tour².

La Cour de cassation a comblé cette lacune le 19 février 2014, dans plusieurs arrêts par lesquels elle a confirmé que « *la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral* »³, peu important les opérations de restructuration modifiant la structure de l'entreprise et des effectifs à la suite d'une cession ou d'une acquisition d'activités et/ou d'établissements⁴. Dès lors, si un syndicat était représentatif au niveau de l'entreprise grâce à l'addition des suffrages qu'il a recueillis dans les différents établissements distincts, il restera représentatif au niveau de l'entreprise jusqu'au terme du cycle électoral, même si cette dernière cède l'ensemble des établissements dans lesquels son score électoral lui a permis d'être reconnu représentatif au niveau de l'entreprise⁵. De même, un syndicat qui n'a pas obtenu 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières

¹ Art. L. 2122-1, C. trav. ; loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO du 21 août 2008, p. 13064.

² Art. L.2232-12, C. trav.

³ Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 13-16.750, n° 13-20.069, n° 12-29.354 et n° 13-17.445, à paraître au Bulletin, JCP S 1121, obs. E. JEANSEN et Y. PAGNERRE ; JCP S 2014, 1184, obs S. BEAL et C. TERRENOIRE ; JCP G 2014, 512, obs. C. METZGER ; C. RADÉ, « La suprématie du cycle électoral (à propos de quatre arrêts en date du 19 février 2014) : le mieux, ennemi du bien ? », Lexbase hebdo éd. soc. 2014, n° 561, N° LXB : N1103BUE ; J. ICARD, « « Logiques et surprises du cycle électoral – L'incidence du transfert d'entreprise sur les acteurs syndicaux », Dr. soc. 2014, p. 648. La Cour de cassation avait déjà affirmé dans un arrêt du 13 février 2013 que « *la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral* », Cass. soc., 13 fév. 2013, Bull. civ. V, n° 42 ; G. AUZÉRO, « Représentativité syndicale dans l'entreprise : la consécration du de la règle du cycle électoral », Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 518, N° LXB : N5967BT8 ; Dr. soc. 2013, p. 374, obs. F. PETIT ; D. 2013, p. 2599, note P. LOKIEC et J. PORTA ; JCP S 2013, n° 15, p. 35, note E. JEANSEN ; RDT 2013, p. 418, note I. ODOUL-ASOREY ; CSBP 2013, n° 251, p. 128, note L. PECAUT-RIVOLIER.

⁴ Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 13-16.750, n° 13-20.069, n° 12-29.354 et n° 13-16.750, préc.

⁵ Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 12-29.354 et n° 13-20.069, préc. Dans ces arrêts, le périmètre de l'entreprise ISS logistique et production avait été réduit en cours de cycle électoral, à la suite de la cession d'un établissement et des contrats des salariés qui y étaient affectés

élections des représentants du personnel de l'entreprise cessionnaire ne sera pas reconnu représentatif à ce niveau, même si l'entreprise acquiert des établissements dans lesquels il a obtenu de très bons résultats électoraux¹. Il restera éventuellement représentatif au niveau desdits établissements s'ils conservent leur autonomie à l'issue de l'opération, mais ne pourra pas être reconnu représentatif au niveau de l'entreprise avant l'achèvement du cycle électoral et ne pourra donc pas désigner de délégué syndical au niveau de l'entreprise.

La Cour de cassation refuse donc que l'audience électorale soit « recalculée » au fur et à mesure des événements affectant la structure de l'entreprise et qu'une restructuration ou l'organisation d'élections intermédiaires puissent affecter la qualité de syndicat représentatif, ou non, tant que le cycle électoral n'est pas terminé². La Cour de cassation a opté pour cette solution figeant la représentativité et l'audience syndicales pour toute la durée du cycle électoral dans un double souci de simplicité et de stabilité³. Comme le souligne Christophe RADÉ, elle dispense ainsi l'employeur de devoir tenir « au fil de l'eau, une sorte de tableau de bord de l'état des forces syndicales dans l'entreprise, et de réajuster les modes de représentation syndicale en demandant aux organisations qui auraient perdu leur représentativité de bien vouloir révoquer le mandat de leur délégué syndical », et en autorisant la désignation de délégués syndicaux par celles qui seraient devenues représentatives⁴. Dans le communiqué accompagnant l'arrêt affirmant que les résultats obtenus lors d'élections partielles ne modifient pas la mesure de la représentativité calculée lors des dernières élections générales, la Cour de cassation a affirmé que « *Tout en insistant sur l'importance d'une représentativité réellement en phase avec le choix des salariés, les partenaires sociaux ont, en grande majorité, souligné la nécessité pour la représentation en entreprise et pour la négociation collective de donner aux organisations syndicales représentatives une stabilité dans leur mission. [...] La Chambre sociale a décidé de privilégier cette stabilité et la sécurité des négociations collectives en optant pour une mesure de la représentativité pour la durée du cycle électoral (en principe de quatre ans) couvrant le périmètre concerné, peu important les élections intermédiaires* »⁵, ou les modifications de la structure de l'entreprise.

Si cette solution a le mérite de la simplicité et assure la stabilité du paysage syndical de l'entreprise, elle présente l'inconvénient de déconnecter la représentativité des

¹ Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 13-16.750 et n° 13-17.445, préc. Dans ces arrêts, le périmètre de l'entreprise, la société Colas, avait été élargi en cours de cycle électoral par la reprise en location-gérance de 25 établissements.

² Elle l'affirmait déjà en cas d'organisation d'élections partielles au cours du cycle électoral, Cass. soc., 13 fév. 2013, préc.

³ En ce sens C. RADÉ, art. préc. : E. JEANSEN et Y. PAGNERRE, obs. préc. ; C. METZER, note préc.

⁴ C. RADÉ, art. préc.

⁵ Cass. communiqué sous Cass. soc., 13 fév. 32013, préc.

organisations syndicales de la réalité de l'influence des différentes organisations et de leurs résultats électoraux au sein de l'entreprise, alors même que l'objectif de la réforme de 2008 était de renforcer la légitimité des syndicats, en prenant en compte dans la détermination de leur représentativité leur audience aux élections professionnelles¹. Cette jurisprudence contribue en quelque sorte à rétablir, pour la durée du cycle électoral, une présomption de représentativité au profit des syndicats reconnus représentatifs à l'issue des dernières élections professionnelles dans l'entreprise, alors même que la loi de 2008 a généralisé la représentativité prouvée². La Cour de cassation a donc choisi de faire primer la stabilité du paysage syndical sur sa légitimité, en censurant la décision du tribunal d'instance qui avait estimé que « *le principe de fixité de la représentativité des organisations syndicales pour la durée du cycle électoral n'a vocation à s'appliquer que dans un périmètre donné mais non, sauf à méconnaître l'expression d'une grande partie des salariés, dans une entreprise dont les composantes et la communauté de travail sont profondément modifiées par des adjonctions d'établissements et d'effectifs qui conduisent à augmenter de plus du double le nombre d'établissements et de salariés* »³. Certes, l'esprit de la loi du 20 août 2008, et le droit des salariés à participer à la détermination de leurs conditions de travail *via* leurs représentants⁴, seraient davantage respectés si le raisonnement du tribunal d'instance avait été consacré et qu'était imposé un réexamen des critères de représentativité et notamment de l'audience électorale, lorsqu'une restructuration affecte profondément la structure de l'entreprise et la composition du corps électoral. Cette solution serait en effet plus légitime puisqu'elle permettrait de s'assurer que la « répartition des forces syndicales » correspond à la réalité de l'entreprise restructurée grâce à la prise en compte des choix électoraux des salariés concernés par le transfert. De surcroît, cette consolidation des résultats électoraux serait conforme au principe selon lequel la représentativité doit s'apprécier au jour de l'exercice de la prérogative requérant cette qualité et dans le périmètre dans lequel elle est exercée⁵. Toutefois, on peut difficilement blâmer la Cour de cassation de n'avoir pas opté pour une appréciation de

¹ En ce sens C. RADÉ, art. préc. ; E. JEANSEN et Y. PAGNERRE, obs. préc. ; C. METZER, note préc., J. ICARD, art. préc.

² Loi n° 2008-789, du 20 août 2008, préc. Il convient de nuancer ces propos en indiquant qu'une organisation pourrait perdre la qualité de syndicat représentatif au cours du cycle électoral si elle ne respecte plus les valeurs républicaines ou le principe de transparence financière ou qu'elle perd son indépendance vis-à-vis de l'employeur (Cass. soc., 29 fév. 2012, Bull. civ. V, n° 83 ; JCP S 2012, 1168, note B. GAURIAU ; Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-29.984, à paraître au Bulletin ; JCP E 2014, 1013, note D. CORRIGNAN-CARSIN). Seuls les critères d'audience électorale, d'influence d'effectifs et de cotisations font l'objet d'une appréciation globale, intangible jusqu'à l'achèvement du cycle électoral.

³ Tribunal d'instance de Lyon, du 18 avril 2013, ayant donné lieu au pourvoi n° 13-16.750.

⁴ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 8.

⁵ En ce sens, J. ICARD, art. préc.

l'audience électorale et de la mesure de la représentativité des différents syndicats « au fil de l'eau », dans la mesure où la loi ne l'envisage aucunement.

Par ailleurs, retenir cette solution soulèverait un certain nombre de difficultés. En premier lieu, il faudrait déterminer les circonstances dans lesquelles un nouveau calcul de l'audience électorale s'impose, alors même que le législateur n'a aucunement envisagé un réexamen de la mesure de la représentativité des syndicats après une restructuration. Faudrait-il prendre en compte « l'importance de la restructuration », critère trop vague à notre sens, le nombre de salariés transférés ou fixer un pourcentage de l'effectif affecté par l'opération pour exiger la consolidation des résultats électoraux ? Si la dernière solution semble la plus adéquate, il est délicat de reprocher à la Cour de cassation de ne pas l'avoir retenue en fixant *ex nihilo* ce pourcentage dans le silence dans la loi¹. En second lieu, en admettant que pour s'assurer de la légitimité des syndicats appelés à conclure des accords collectifs on décide d'exiger que l'audience électorale soit recalculée après un transfert, il n'y aurait aucune raison de ne pas appliquer cette solution en cas d'une restructuration entraînant le prononcé de nombreux licenciements, qui modifie l'effectif et affecte incidemment le corps électoral.

Au total, si l'intangibilité de la représentativité au niveau de l'entreprise jusqu'à l'achèvement du cycle électoral est critiquable puisqu'elle ne permet pas de refléter la réalité de l'audience syndicale après une restructuration et compromet ainsi la légitimité des syndicats représentatifs, seul le législateur peut encadrer les répercussions d'une restructuration sur la mesure de la représentativité syndicale en fixant les conditions dans lesquelles il convient de recalculer l'audience électorale de chaque syndicat. Dans l'attente d'une intervention, très hypothétique, du législateur, la solution retenue par la Cour de cassation est certes loin d'être satisfaisante du point de vue de la légitimité des syndicats appelés à conclure des accords s'imposant à des salariés qui n'ont pas eu l'occasion de voter, ou non, pour eux ; mais elle a au moins le mérite de la simplicité en dispensant les employeurs de devoir procéder à un nouveau calcul de l'audience des différents syndicats après la réalisation de la restructuration.

En déniaient à la réalisation d'une restructuration tout impact sur la mesure de la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise, la Cour de cassation fige donc le paysage syndical des entreprises cédantes et cessionnaires dans lesquelles, jusqu'au terme du cycle électoral, des syndicats resteront représentatifs et conserveront la jouissance de l'ensemble des prérogatives attachées à cette qualité, alors même qu'à la suite de la cession, la majorité

¹ En ce sens, C. METZER, note préc.

de leur corps électoral aura été transférée et que l'entreprise ne sera plus composée que d'établissements dans lesquels ils n'avaient pas atteint le seuil fatidique des 10 %. Cette solution peut ainsi aboutir à la situation ubuesque dans laquelle certains syndicats ne seront représentatifs dans aucun établissement et ne pourront donc pas conclure d'accord d'établissement, mais seront en revanche représentatifs au niveau de l'entreprise et pourront valablement conclure des accords collectifs à ce niveau. À l'inverse, les organisations qui étaient représentatives au sein des établissements cédés le resteront à ce niveau si les entités conservent leur autonomie après la restructuration, mais ne pourront pas devenir représentatives au niveau de l'entreprise cessionnaire avant la fin du cycle électoral dès lors qu'elles ne l'étaient pas à l'issue des dernières élections professionnelles.

Ainsi, pour négocier un accord se substituant aux convention(s) et accord(s) collectifs mis en cause par le transfert de l'établissement, l'employeur pourra soit mener la négociation au niveau de l'établissement avec les délégués syndicaux désignés avant l'opération, s'il a conservé son autonomie après la restructuration¹, soit l'ouvrir au niveau de l'entreprise avec les organisations syndicales qui ont été reconnues représentatives à ce niveau à l'issue des dernières élections. Si aucun des syndicats représentatifs au niveau de l'établissement cédé ne l'est au niveau de l'entreprise cessionnaire au vu des résultats des dernières élections, aucun délégué syndical issu de la communauté de travail transférée ne pourra représenter ses intérêts lors de la négociation de l'accord de substitution au niveau de l'entreprise. Dans la mesure où, au-delà de l'adaptation des stipulations mises en cause, négocier l'accord de substitution au niveau de l'entreprise permet d'unifier le statut collectif de l'ensemble des salariés de l'entreprise, engager la négociation à ce niveau présente un intérêt pour l'employeur, même si les solutions dégagées par la jurisprudence peuvent priver les salariés transférés d'être représentés par « leurs » délégués syndicaux, alors même que cette négociation les intéresse en premier lieu. Cependant, les délégués syndicaux de l'entreprise d'accueil devront défendre les intérêts des salariés transférés désormais intégrés à la communauté de travail qui a conféré aux syndicats qu'ils représentent une légitimité électorale.

Par ailleurs, un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise d'accueil pourra éventuellement désigner au niveau de l'entreprise un délégué syndical issu de la collectivité transférée pour qu'il participe à la négociation de l'accord de substitution, à condition toutefois que certaines conditions soient réunies. L'augmentation des effectifs de l'entreprise

¹ Lorsque l'établissement distinct conserve cette qualité et son autonomie après la restructuration, les mandats des délégués syndicaux se poursuivent, art. L. 2143-10, C. trav. ; sur le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration.

cessionnaire consécutive à l'intégration des établissements transférés peut en effet entraîner le franchissement de seuils légaux, réglementaires ou conventionnels autorisant la désignation de délégués syndicaux supplémentaires. Dans cette hypothèse, une organisation syndicale représentative au niveau de l'entreprise cessionnaire pourrait désigner en qualité de délégué syndical central un salarié transféré, à condition toutefois que les conditions de l'application de l'article L. 2143-3, alinéa 2, du Code du travail, soient satisfaites. La Cour de cassation a en effet admis cette faculté en affirmant qu'il résulte « *des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 2143-3 du code du travail, interprété à la lumière des dispositions de l'article 6 de la directive 2001/ 23/ CE du Conseil du 12 mars 2001* » « *que l'obligation de choisir [un délégué syndical] en priorité parmi les candidats qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles n'a pas pour objet ou pour effet de priver cette organisation syndicale du droit de disposer du nombre de représentants syndicaux prévus par le code du travail ou les accords collectifs dès lors qu'elle a présenté des candidats à ces élections dans le périmètre de désignation* »¹. Un salarié issu de la collectivité transférée peut donc être désigné délégué syndical d'entreprise par une organisation représentative au niveau de l'entreprise cessionnaire, à condition toutefois que celle-ci ne puisse désigner un autre salarié remplissant les conditions fixées par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2143-3 du Code du travail², et qu'un mandat de délégué syndical soit vacant³.

Dans la mesure où, une fois la restructuration effectuée, il est envisageable que les salariés dont le statut collectif a été mis en cause ne puissent pas être représentés par un de « leurs » délégués syndicaux, il peut être intéressant, pour assurer l'effectivité du principe de participation et la défense de leurs intérêts au cours de la négociation de l'accord de substitution, que celle-ci soit engagée en amont de l'opération, faculté admise par la jurisprudence.

¹ Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 13-14.608, à paraître au Bulletin, sur cet arrêt V. J. ICARD, art. préc. ; JCP E 2014, 1203, note S. BEAL et C. TERRENOIRE.

² C'est-à-dire qu'il ne reste plus aucun candidat aux dernières élections professionnelles effectuées dans l'entreprise cessionnaire qui a recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour desdites élections ; art. L. 2143-3, al. 2, C. trav.

³ Soit parce qu'à la suite de l'augmentation des effectifs un des seuils de l'article R. 2143-2 du Code du travail est franchi elle peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux supplémentaires, soit parce qu'elle a révoqué un délégué qu'elle avait précédemment désigné et décide de le remplacer par un salarié issu de la collectivité transférée.

891. Moment de la négociation. Si l'article L. 2261-14 du Code du travail dispose que la négociation de substitution doit s'engager « *dans les trois mois suivant la mise en cause* », la Cour de cassation interprète très librement cette mention en admettant la négociation anticipée de l'accord de substitution. Elle affirme ainsi « *qu'il n'est pas interdit d'engager les négociations rendues nécessaires par la mise en cause d'un accord collectif avant que se réalise l'événement entraînant cette mise en cause* », en précisant que l'employeur « *est tenu de reprendre la négociation après cet événement (...) lorsque les organisations syndicales représentatives ne sont plus les mêmes dans la nouvelle entreprise* »¹. Si cette solution est contraire à la lettre de l'article L. 2261-14 du Code du travail, elle est en revanche conforme à son esprit. En effet, l'objectif de ce texte est de permettre une harmonisation du statut collectif en vigueur dans l'entreprise issue de la restructuration, comme en témoigne le fait que ce n'est qu'à défaut d'accord que les dispositions mises en cause continuent à produire effet pendant le délai de survie à l'expiration duquel, toujours faute d'accord de substitution, les avantages individuels acquis seront contractualisés. La finalité de cet article est donc davantage de permettre l'unité de statut de l'ensemble des salariés en assurant au personnel repris une transition en douceur vers le nouveau statut, que de lui garantir le maintien de son statut d'origine². En faisant primer l'interprétation téléologique sur l'interprétation littérale de l'article L. 2261-14 du Code du travail, la Cour de cassation valide ainsi les pratiques de négociation anticipée, relativement courantes et particulièrement opportunes en cas de restructuration. Ainsi, l'anticipation des conséquences sociales d'une restructuration contribue au succès de l'opération projetée, principalement en apaisant les craintes des salariés et en minimisant les tensions autour de la réalisation de l'opération. Surtout, ouvrir les négociations avant la restructuration permet « d'éradiquer » le risque que les délégués syndicaux de l'entité prochainement transférée ne puissent participer à la négociation de substitution, et permet aux salariés transférés d'être représentés par « leurs » délégués syndicaux les plus à même de défendre leurs intérêts lors des négociations, ce qui contribue à l'effectivité du principe de

¹ Cass. soc., 13 oct. 2010, Bull. civ. V, n° 230 ; RDT 2010, p. 715, obs. F. GÉA ; C. RADÉ, « L'anticipation des conséquences sociales d'une fusion », Lexbase hebdo, éd. Soc., n° 414, N° LXB N4357BQG. Il convient d'indiquer que la Cour de cassation avait tout d'abord affirmé que si des discussions relatives à l'accord de substitution pouvaient avoir lieu avant la mise en cause de l'application d'un accord collectif, la nouvelle négociation en vue de la signature éventuelle d'un accord de substitution ne pouvait quant à elle s'engager qu'après. En ce sens, Cass. soc., 9 fév. 2000, Bull. civ. V, n° 59 ; RJS 2000, n° 306 ; cet arrêt concernait en réalité une hypothèse de dénonciation et non de mise en cause de l'application d'un accord collectif, cependant le régime de la seconde renvoyant à celui de la première, la solution est transposable à la mise en cause.

² En ce sens, Y. AUBREE, art. préc.

participation. En cas de négociation anticipée, l'association des délégués syndicaux de(s) l'établissement(s) transféré(s) et des délégués syndicaux de l'entreprise absorbante permet d'assurer la défense et la représentation des intérêts de l'ensemble de la collectivité de travail qui sera issue de la restructuration, et d'influer sur le contenu de l'accord de substitution pour qu'il réalise l'unification des statuts collectifs en procédant à un alignement « vers le haut » des droits conventionnels des personnels du (des) établissement(s) cédés et de l'entreprise cessionnaire. Ainsi, l'ouverture d'une négociation antérieure à la restructuration mettant en cause le statut collectif du personnel transféré est particulièrement bienvenue pour organiser les répercussions de cette opération sur la situation, notamment collective, et les droits des salariés en permettant de régler en amont de l'opération certaines questions épineuses comme le sort de leur épargne salariale par exemple. S'inscrivant dans le mouvement encourageant l'anticipation des restructurations notamment à travers la négociation collective, la solution autorisant l'ouverture de la négociation de substitution avant la mise en cause permet en outre à l'employeur d'éviter que le « casse-tête » lié à la coexistence au sein de son entreprise de multiples statuts collectifs hétérogènes ne s'éternise¹.

Par ailleurs, il est logique que la Cour de cassation impose la reprise de la négociation si les organisations syndicales ayant négocié l'accord de substitution avant la restructuration mettant en cause le statut collectif diffèrent de celles qui sont représentatives dans l'entreprise issue de la restructuration. Cette solution ne peut qu'être approuvée dans la mesure où l'accord de substitution doit être conclu au niveau de l'entreprise issue de la restructuration, ou de l'établissement transféré s'il conserve la qualité d'établissement distinct après l'opération. Cette négociation anticipée se déroule donc dans une « entité virtuelle »², et implique le nouvel employeur³, les syndicats représentatifs dans l'entité(s) transférée(s) mais aussi, et surtout, toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise absorbante qui resteront seules représentatives après l'opération, en application de la jurisprudence figeant la mesure de la représentativité pour toute la durée d'un cycle électoral. À défaut, la négociation de substitution devra être reprise après la réalisation de l'évènement mettant en cause l'application des conventions et accords collectifs de travail. Il semble également qu'une fois la restructuration réalisée, si une organisation syndicale partie à la négociation anticipée découvre un élément qui n'avait pas été porté à sa connaissance, elle

¹ En ce sens, F. GÉA, note préc.

² A. MAZEAUD, « La négociation collective en cas de restructuration consécutive à un transfert », Dr. soc. 2004, p. 295.

³ À défaut le nouvel accord sera lui-même mis en cause par la restructuration.

devrait pouvoir demander la réouverture des négociations¹. Il devrait en être de même en cas de changement de circonstances.

S'il est possible d'ouvrir les négociations de substitution avant que l'application du statut collectif ne soit mise en cause par une restructuration, il reste à déterminer si l'accord de substitution peut être conclu avant l'opération. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur ce point. Pour autant, dès lors qu'est admise la négociation anticipée de l'accord de substitution rien ne semble interdire qu'il soit conclu avant la restructuration, sous réserve, cela va de soi, que tous les syndicats représentatifs dans la nouvelle entreprise aient été conviés à la négociation. Il serait en effet relativement curieux que la Cour de cassation autorise les partenaires sociaux à négocier avant la mise en cause tout en leur interdisant de conclure l'accord avant la réalisation de l'évènement mettant en cause l'application du statut collectif. On voit mal, en effet, quel serait l'intérêt de permettre aux parties de négocier mais pas de conclure avant la mise en cause. Toutefois, si la conclusion anticipée de l'accord de substitution était admise, ce dernier ne devrait pouvoir entrer en vigueur que sous condition suspensive de la réalisation de la restructuration entraînant la mise en cause².

892. *Entrée en vigueur.* Aux termes de l'article L. 2261-14 du Code du travail, l'accord de substitution doit entrer en vigueur au cours de la survie provisoire de l'accord mis en cause, c'est-à-dire soit au cours du préavis de trois mois, soit au cours du délai d'un an qui débute à l'expiration de celui-ci³. Après avoir refusé que l'accord de substitution puisse entrer en vigueur au cours du préavis de trois mois⁴, la Cour de cassation semble avoir implicitement abandonné cette position *contra legem* en affirmant, à plusieurs reprises, que l'accord de substitution devait être conclu « **dans les délais précisés au troisième alinéa de [l'ancien] l'article L. 132-8 du Code du travail** », *id est* les délais de préavis et de survie d'un an⁵. L'entrée en vigueur de l'accord de substitution au cours du préavis ne saurait toutefois évincer l'effet normatif de l'accord mis en cause qui continue à s'appliquer aux salariés repris jusqu'au terme de ce délai de trois mois. Dans cette hypothèse pendant la durée du préavis, le

¹ En ce sens En ce sens, C. RADÉ, art. préc.

² C. RADÉ, art. préc.

³ L'article L. 2261-14, al. 2, vise en effet « **les délais précisés au premier alinéa** ».

⁴ Cass. soc., 7 janv. 1997, Bull. civ. V, n° 1 ; RJS 2/97, n° 186 ; Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 01-60-823, inédit, interprété *a contrario*. Ces deux arrêts portent sur une hypothèse de dénonciation et non de mise en cause, mais semblent transposables de la première à la seconde.

⁵ Cass. soc., 12 oct. 2005, Bull. civ. V, n° 290 ; Cass. soc., 9 nov. 2005, Bull. civ. V, n° 320 (deux arrêts).

nouvel employeur devra faire bénéficier les salariés repris des stipulations de l'accord de substitution, de celles dont l'application a été mise en cause par la restructuration, et du statut collectif en vigueur dans son entreprise. Durant les trois mois suivant la mise en cause, et en cas d'entrée en vigueur de l'accord de substitution dans ce délai, les salariés jouissent du concours de ce dernier avec leur statut d'origine et les stipulations conventionnelles applicables dans l'entreprise issue de la restructuration, concours qui leur permet de bénéficier de l'application de la stipulation conventionnelle qui leur est la plus favorable. En tout état de cause, ce n'est qu'à la condition d'entrer en vigueur au cours du délai de survie de quinze mois suivant la mise en cause qu'un accord peut être qualifié d'accord de substitution au sens de l'article L. 2261-14 du Code du travail et emporter cessation définitive de l'application du statut mis en cause.

S'il n'a pas défini les modalités de négociation de l'accord de substitution, le législateur est également resté silencieux sur son contenu, offrant ainsi aux partenaires une marge de manœuvre importante en la matière.

b - Le contenu de l'accord de substitution.

893. *Identité d'objet ?* L'accord de substitution a vocation à assurer une transition « en douceur » entre les divers statuts collectifs, soit en adaptant les dispositions mises en cause à celles en vigueur dans la nouvelle entreprise, soit en permettant l'élaboration de nouvelles normes. Les partenaires sociaux sont donc libres de définir le statut qui se substituera à celui mis en cause ou, plus exactement, le contenu de l'accord dont l'entrée en vigueur entraînera la cessation son application. Eu égard au rôle de l'accord de substitution, on a pu s'interroger sur la nécessité qu'il ait exactement le même objet que le statut collectif mis en cause, ou sur la possibilité qu'il ne traite que de certaines des questions régies par ce dernier. La Cour de cassation a ainsi admis en 1994 qu'un accord conclu dans le délai de survie d'un accord qui avait été dénoncé et portant partiellement sur le même objet, soit qualifié d'accord de substitution, peu important que cet accord prévoie une reprise ultérieure des négociations¹. Cette solution, transposable à la mise en cause, s'avère particulièrement critiquable, non pas en ce qu'elle valide la correspondance seulement partielle entre les thèmes traités par l'accord mis en cause et l'accord de substitution, mais parce que la Cour de cassation accepte qu'un

¹ Cass. soc., 30 nov. 1994, Bull. civ. V, n° 319 ; J. SAVATIER, "L'accord de substitution à un accord collectif ayant fait l'objet d'une dénonciation", Dr. soc. 1995, p. 178.

accord qui envisage l'ouverture de négociations ultérieures relatives aux stipulations mises en cause, soit qualifié d'accord de substitution. En effet, admettre qu'un accord qui ne constitue pas l'aboutissement des négociations de substitution puisse être qualifié d'accord de substitution emportant cessation immédiate de l'application du statut mis en cause et faisant ainsi obstacle au maintien des avantages individuels acquis, semble contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de l'article L. 2261-14 du Code du travail¹. Cette solution, qui permet dans une certaine mesure aux partenaires sociaux d'éluder les dispositions de ce texte d'ordre public, n'a jamais été réitérée depuis cet arrêt de 1994 et il est à souhaiter qu'il ne s'agisse que d'une « erreur » de la part de la Cour de cassation.

Si rien n'oblige les partenaires sociaux à traiter dans l'accord de substitution de l'ensemble des thèmes dans l'accord mis en cause, le caractère plus ou moins favorable du contenu de l'accord de substitution par rapport au statut mis en cause, est également indifférent. Aucun *minima* ne s'impose aux parties à la négociation de substitution. Toutefois, dans la mesure où, faute d'accord de substitution, les stipulations mises en cause continuent à recevoir application pendant le délai de survie de quinze mois à l'expiration duquel les avantages individuels acquis s'incorporent au contrat, si les syndicats jugent les propositions de l'employeur au cours de la négociation de l'accord de substitution trop défavorables aux salariés, ils ne signeront pas l'accord. C'est d'ailleurs pour assurer un certain équilibre dans la négociation de l'accord de substitution, en évitant que les syndicats ne négocient « dos au mur »², que le droit social a prévu la survie temporaire de l'accord mis en cause et le maintien des avantages individuels acquis sur son fondement en l'absence d'accord de substitution quinze mois après la mise en cause.

Par ailleurs, les partenaires sociaux peuvent décider de limiter le champ d'application de l'accord de substitution à certaines catégories de salariés dont le statut collectif a été mis en cause. Toutefois, si « *la convention de substitution exclut de son champ d'application les activités des services auxquels appartiennent certains salariés, ces derniers conservent le bénéfice de leurs avantages individuels acquis en vertu de la convention [mise en cause], en l'absence de signature d'un accord propre à cette activité dans le délai prévu par l'article [L. 2261-14] du Code du travail* »³. Cette solution ne peut qu'être approuvée puisque si une catégorie du personnel dont le statut collectif a été mis en cause est exclue du champ d'application de l'accord de substitution, ces salariés sont placés dans la même situation que

¹ En ce sens, L. AICARDI, th. préc., p. 528 ; J. SAVATIER, art. préc.

² J.-E. RAY, « Restructurations et statut collectif », Dr. soc. 1989, p. 56.

³ Cass. soc., 7 juin 2005, Bull. civ. V, n° 192.

s'il n'y avait pas d'accord de substitution impliquant ainsi la survie des normes mises en cause pendant quinze mois, à l'issue desquels ils bénéficient de la contractualisation des avantages individuels acquis sur son fondement.

Le contenu de l'accord de substitution est donc libre, il peut porter sur tout ou partie des thèmes traités par le statut mis en cause, y être plus ou moins favorable, mais également être l'occasion de régler le sort des usages et des engagements unilatéraux en vigueur dans l'établissement transféré, ou d'unifier le statut collectif applicable à l'ensemble du personnel de l'entreprise issue de la restructuration. C'est principalement le contexte économique et le climat social régnant dans cette dernière qui détermineront le contenu de cet accord. Ainsi, la situation économique de l'entreprise issue de la restructuration peut empêcher le maintien d'avantages conventionnels mis en cause qui grèveraient trop lourdement son budget.

894. Accord de substitution et égalité de traitement. Si la finalité de l'accord de substitution est souvent d'harmoniser les différents statuts collectifs présents dans l'entreprise issue de la restructuration, il n'est pas rare qu'un tel accord prévoie le maintien de certains avantages issus du statut mis en cause au profit des seuls salariés repris. À ce titre, la Cour de cassation estime que ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal », l'accord réservant aux seuls salariés de l'entreprise absorbée le maintien d'un avantage issu de leur statut d'origine, à l'exclusion du reste du personnel de l'entreprise issue de la fusion-absorption¹. Cette solution est justifiée dans la mesure où les salariés ayant bénéficié du statut mis en cause et ceux qui n'en n'ont jamais relevé ne sont pas placés dans une situation identique, condition *sine qua non* de l'application du principe « à travail égal, salaire égal ». En effet, tous les salariés de l'entreprise ne sont pas placés dans une situation identique face à l'avantage qui a pour finalité de compenser le préjudice subi par les salariés dont le statut collectif a été mis en cause, préjudice qui leur est propre et justifie dès lors le traitement différencié dont ils sont l'objet². À défaut d'être placés dans une situation identique, les salariés dont le statut collectif n'a pas été mis en cause ne peuvent invoquer une violation du

¹ Cass. soc., 4 déc. 2007, Bull. civ. V, n° 203 ; RDT 2008, obs. H. TISSANDIER ; Dr. soc. 2008, p. 244, obs. C. RADÉ ; JCP S 2008, 1191, note G. VACHET ; SSL 2007, n° 1334, p. 11, avis J. DUPLAT.

² À ce titre, on peut regretter que la Cour de cassation n'ait pas fait le même effort de motivation dans l'arrêt du 4 décembre 2007 précité que celui réalisé dans sa décision relative au maintien des avantages acquis à l'issue du délai de survie, dans laquelle elle met en exergue le fait que les salariés ne sont pas placés dans une situation identique face à l'avantage en cause dans la mesure où il a pour finalité de compenser le préjudice subi par les salariés du fait de la mise en cause du statut collectif, préjudice qui leur est propre et justifie dès lors le traitement différencié dont ils sont l'objet ; Cass. soc., 11 juil. 2007, Bull. civ. V, n° 119 ; RDT 2007, p. 661, obs. G. PIGNARRE ; C. RADÉ, "Justification des inégalités salariales et maintien des avantages individuels acquis", Dr. soc. 2007, p. 1122 ; JCP S 2007, 1910, note J.-F. CESARO.

principe de l'égalité de traitement. Par ailleurs, cette solution est conforme à la position adoptée par la Cour de cassation matière d'avantages individuels acquis selon laquelle l'inégalité salariale résultant de l'application de la règle du maintien de ces avantages à l'issue du délai de survie ne porte pas atteinte au principe de l'égalité de traitement¹.

Par ailleurs, si l'accord de substitution peut permettre d'harmoniser les statuts collectifs applicables aux divers personnels de l'entreprise issue de la restructuration, afin d'intégrer pleinement la collectivité des salariés repris dans celle de l'entreprise d'accueil, cet accord permet également d'éviter que le changement d'employeur ne se traduise par une perte brutale de leurs avantages conventionnels antérieurs. Cet accord assurant ainsi une transition « en douceur » de l'ancien statut mis en cause vers le nouveau statut applicable, il n'est pas incongru qu'il réserve le bénéfice de certains avantages particuliers aux salariés repris, afin d'atténuer l'impact de la restructuration sur leur statut collectif. Amoindrir les effets potentiellement néfastes des restructurations sur la situation tant individuelle que collective des salariés étant le leitmotiv du droit social pour leur assurer une certaine protection face aux décisions de réorganisation sur lesquelles il n'a aucune emprise, il paraît relativement logique que l'accord de substitution poursuive également cette finalité caractéristique de l'appréhension de ces phénomènes par le droit social.

895. Effet de l'entrée en vigueur de l'accord de substitution. Quel que soit son contenu, dès lors qu'il est valablement conclu et qu'il entre en vigueur avant l'expiration du délai de survie temporaire de quinze mois visé à l'article L. 2261-14 du Code du travail, l'accord de substitution emporte cessation immédiate et automatique de l'application des stipulations conventionnelles mises en cause. Sous réserve du respect du préavis de trois mois pendant lequel l'accord mis en cause s'applique en toute hypothèse, les salariés dont le statut collectif a été mis en cause par la restructuration ne peuvent plus s'en prévaloir lorsque l'accord de substitution entre en vigueur, pas plus qu'ils ne peuvent revendiquer le maintien d'avantages individuels acquis, lequel n'a lieu qu'en l'absence d'accord de substitution au terme du délai de quinze mois. L'accord peut bien évidemment prévoir que certains des droits issus du statut conventionnel mis en cause continueront à s'appliquer aux salariés repris, voire à l'ensemble du personnel de l'entreprise issue de la restructuration, hypothèse dans laquelle la source de ces avantages étant l'accord de substitution, ils ne s'incorporent pas aux contrats de travail

¹ Cass. soc., 11 juil. 2007, préc.

896. Assimilation de l'annulation de l'accord de substitution à l'absence d'accord.

En l'absence d'accord de substitution, les conventions et accords collectifs dont l'application a été mise en cause continuent de produire effet jusqu'au terme du délai de survie de quinze mois, à l'issue duquel les salariés bénéficient du maintien des avantages individuels acquis. Il en va de même en cas d'annulation de l'accord de substitution¹. Tenu de satisfaire aux conditions de validité des accords collectifs prescrites par le Code du travail, l'accord de substitution est susceptible d'être annulé notamment si l'employeur n'a pas convié à sa négociation l'ensemble des organisations syndicales représentatives². La Cour de cassation décide fort logiquement que l'annulation de l'accord de substitution équivaut à une absence d'accord, impliquant dès lors l'application du statut collectif mis en cause pendant le délai de survie, à l'issue duquel les salariés bénéficient de la contractualisation des avantages individuels acquis. Par ailleurs, l'annulation de l'accord impliquant la disparition rétroactive de ces effets, les salariés peuvent donc être tenus de restituer les sommes qu'ils ont pu percevoir sur le fondement de l'accord annulé³. Cette solution, indiscutable juridiquement en ce qu'elle n'est qu'une application du caractère rétroactif de la nullité, n'est pas sans présenter de dangers au regard du développement ces dernières années des accords dits « donnant-donnant ». Il est de ce point de vue souhaitable que les juges fassent preuve de vigilance lorsque, après avoir annulé un accord de substitution, ils ordonnent aux salariés de restituer les sommes perçues en application de cet accord, puisqu'il est possible que certains avantages n'aient été consentis aux salariés qu'en contrepartie de sujétions, telles qu'une augmentation du temps de travail par exemple⁴. Dans une telle hypothèse, obliger les salariés à restituer les sommes perçues en application de l'accord de substitution annulé pourrait conduire à un enrichissement sans cause de l'employeur.

Si aucun accord de substitution n'est entré en vigueur au cours des quinze mois suivant la mise en cause du statut collectif par la restructuration, ou si un tel accord a été annulé ou qu'il est entré en vigueur après le terme du délai susvisé, les salariés ne pourront plus invoquer le bénéfice des stipulations conventionnelles mises en cause au-delà du délai de

¹ Cass. soc., 9 nov. 2005, Bull. civ. V, n° 320 ; D. 2006, pan. p. 416, obs. E. PESKINE ; JCP S 2005, 1010, note C. NEAU-LEDUC.

² Cass. soc., 9 fév. 2000, Bull. civ. V, n° 59.

³ Cass. soc., 17 avr. 2008, n° 07-41.401, inédit ; S. TOURNAUX, « Les conséquences de l'annulation d'un accord de substitution... suite ! », Lexbase hebdo, éd. soc., n° 303, N° LXB 8814BE8.

⁴ En ce sens, S. TOURNAUX, art. préc.

survie, mais verront les avantages individuels acquis sur leur fondement s'incorporer à leur contrat de travail.

4 - Le maintien des avantages individuels acquis.

897. L'article L. 2261-14 du Code du travail prévoit qu'en l'absence d'entrée en vigueur d'un accord de substitution valable au cours du délai de survie de quinze mois suivant la restructuration ayant entraîné la mise en cause du statut collectif, les salariés qui en bénéficiaient jusqu'alors « *conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord [mis en cause], à l'expiration de [ce délai]* ». En instaurant le maintien des avantages individuels acquis en l'absence d'accord de substitution, le législateur de 1982 a souhaité inciter l'employeur à conclure un tel accord, seul obstacle à ce maintien¹. Si la règle du maintien des avantages individuels acquis à l'expiration du délai de survie en l'absence d'accord de substitution semble relativement claire, elle soulève en pratique deux problématique relatives d'une part à la notion d'avantage individuel acquis, et d'autre part à la technique juridique sur laquelle repose leur conservation par les salariés.

898. *Notion d'avantage individuel acquis.* La notion d'avantage individuel acquis n'étant pas définie par la loi, la jurisprudence a dû combler cette lacune sans pouvoir réellement s'appuyer sur la position du Ministre du travail en 1982 qui était équivoque². Pendant relativement longtemps la Cour de cassation s'est contentée de déterminer au cas par cas si tel avantage conventionnel pouvait, ou non, être qualifié d'avantage individuel acquis par un salarié dont le statut collectif mis en cause avait cessé de s'appliquer au terme du délai de survie de quinze mois. Puis, elle a finalement tranché les différents débats doctrinaux sur cette question et défini ce concept en énonçant « *qu'un avantage individuel acquis au sens de l'article [L. 2261-14] du Code du travail est celui qui, au jour de la [mise en cause] de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il*

¹ Loi n° 82-957, du 13 nov. 1982, préc.

² Ainsi, le Ministre a affirmé péremptoirement et laconiquement qu'« on appelle avantages individuels des éléments comme le salaire, le congé d'ancienneté, les primes d'ancienneté, qui ont été acquis ou perçus par le salarié ». Puis, il avait précisé que, par opposition, « on appelle avantages collectifs des éléments un peu virtuels, mais qui ont un caractère plus général, tels que, par exemple, la durée du travail, les niveaux d'indemnité de licenciement, les primes de départ en retraite, les dispositions à l'égard de la maladie, qui concernent - avec des modalités variables - l'ensemble des membres de la collectivité de travail » (JOAN 10 juin 1982, p. 3218).

bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel »¹.

899. *Avantage individuel.* Après que, fort logiquement, la jurisprudence a admis que l'article L. 2261-14 du Code du travail faisait référence à un avantage individuel par son objet et non par sa source², la doctrine restait partagée sur la signification du qualificatif « individuel ». Certains estimaient que l'avantage individuel devait s'entendre de celui dont le bénéfice peut être réclamé en justice seulement par le salarié³, d'autres évoquaient pour leur part le caractère privatif de l'avantage individuel⁴, quand un troisième courant estimait qu'il s'agit en réalité de l'avantage dont « l'attribution intéresse prioritairement le salarié »⁵. Ne reprenant expressément aucune de ces positions, la Cour de cassation évoque pour sa part le droit ou la rémunération qui profite au salarié « à titre personnel »⁶. De *l'individuel* on passe donc sous la plume des hauts magistrats au *personnel* sans pour autant que ne soit réellement explicité ce critère. L'analyse combinée de la jurisprudence et de la doctrine met en exergue le fait que l'avantage individuel serait celui qui profite au salarié en considération de sa situation personnelle ou de ses conditions particulières d'emploi, sans que son appartenance à une collectivité de travail ne soit prise en compte dans l'attribution de ce droit ou de cette rémunération⁷. Sont ainsi individuels le niveau de la rémunération du salarié⁸, sa structure⁹,

¹ Cass. soc., 13 mars 2001, Bull. civ. V, n° 90 ; LPA 2001, n° 98, p. 12, note G. PICCA et A. SAURET ; Dr. soc. 2001, p. 571, obs. C. RADÉ ; RJS 5/01, n° 621.

² La position inverse aurait ruiné les prévisions légales en ce que tous les avantages issus de l'accord mis en cause ont, par définition, une source collective et non individuelle ; V. en ce sens, CPH SAINT-NAZAIRE, 5 juin 1986, Dr. soc. 1986, p. 887. - Cass. soc., 31 mai 1994, n° 93-40.887, inédit ; Cass. soc., 27 oct. 1998, deux arrêts, RJS 12/1998, n° 1520 ; Cass. soc., 15 juill. 1998, n° 96-41.474, inédit ; Cass. soc., 26 mai 1998, RJS 7/1998, n° 886. Cette position, incontestable fut unanimement approuvée par la doctrine ; V. M. DESPAX, « La dénonciation des conventions collectives de travail après la loi du 13 novembre 1982 », Dr. soc. 1984, p. 537 ; M. DESPAX, « Dénonciation d'une convention collective et sort des avantages acquis en matière de rémunération », Dr. soc. 1990, p. 161 ; E. DOCKÈS, « L'avantage individuel acquis », Dr. soc. 1993, p. 827 ; Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, 1990, Litec, n°s 303 et 319 ; J. DÉPREZ, « Modification de la situation juridique de l'employeur et rapports collectifs de travail », BS Lefebvre 7/84, n° 59, p. 267 ; J.-E. RAY, art. préc.

³ N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, thèse Strasbourg, LGDJ 1980, p. 56.

⁴ En ce sens, Y. CHALARON, art. préc., M. DESPAX, art. préc. et E. DOCKÈS, art. préc.

⁵ Sur les divers arguments développés à l'appui de chaque thèse et leurs inconvénients, V. Y. AUBREE, Rep. trav. préc.

⁶ Cass. soc., 27 oct. 1998, deux arrêts, RJS 12/1998, n° 1520 ; Cass. soc., 26 mai 1998, RJS 7/1998, n° 886 ; Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 04-41.296, inédit ; dans le même sens, en cas de dénonciation : Cass. soc., 13 mars 2001, Bull. civ. V, n° 90 ; Cass. soc., 15 mai 2001, Bull. civ. V, n° 170 ; RJS 7/2001, n° 897 ; Cass. soc., 2 juill. 2003, préc., Cass. soc., 18 janv. 2006, n° 04-40.528, inédit ; Cass. soc., 28 avr. 2006, Bull. civ. V, n° 155.

⁷ V. not. Y. AUBREE, art. préc.

⁸ Cass. soc., 12 fév. 1991, Bull. civ. V, n° 62, il en va de même des majorations conventionnelles de salaire des remboursement de frais de transport, Cass. soc., 13 mars 2001 et 16 mai 2001, préc.

⁹ Cass. soc., 1^{er} juil. 2008, Bull. civ. V, n° 147.

les diverses primes conventionnelles¹, les titres de restauration², les sursalaires familiaux³, etc. À l'inverse seraient collectifs, et partant impropres à être revendiqués par les salariés à l'expiration du délai de survie du statut mis en cause, les avantages relatifs à l'organisation ou à la gestion de la collectivité des salariés, ainsi que ceux portant sur les droits collectifs tels que le droit syndical, la représentation du personnel, le droit de grève, la durée du travail, etc.

Ainsi, soit l'avantage conventionnel a été institué dans l'intérêt individuel, voire personnel, des salariés au regard de leur situation particulière ou de leurs conditions d'emploi et de travail, et il a vocation, à condition d'être également acquis, à être maintenu à l'expiration du délai de survie ; soit il a été instauré en considération de l'intérêt de tout ou partie de la collectivité de travail, de sa gestion ou de son organisation et dans ce cas il cessera de s'appliquer au terme du délai de survie de quinze mois de la convention ou l'accord dont il est issu. La distinction entre « l'individuel et le collectif » pourtant fondamentale en droit du travail n'en reste pas moins plus que sibylline. Certains aspects de la relation de travail, à l'instar de la rémunération, relèvent en effet de l'un et de l'autre. Ainsi si le mode ou la structure de la rémunération, ou encore son montant constituent un avantage individuel, le système de rémunération, tel un système de répartition des pourboires, relève quant à lui de la qualification d'avantage collectif insusceptible de contractualisation au titre des avantages individuels acquis puisqu'il intéresse la collectivité des salariés⁴.

Par ailleurs, si le temps de travail est individuel et justifie dès lors que soit qualifié d'avantage individuel le jour supplémentaire de congé accordé par une convention collective aux salariés dont le repos hebdomadaire coïncide avec un jour férié⁵, son organisation, sa répartition collective tout comme la durée du travail, relèvent de la sphère collective. Ainsi est exclu de la qualification d'avantage individuel le « *bénéfice d'une pause journalière de 45 minutes considérée comme un temps de travail effectif* » dès lors que le maintien de cet avantage conventionnel est « incompatible avec le respect (...) de l'organisation collective du

¹ Il en va ainsi d'une prime conventionnelle de treizième mois (Cass. soc., 6 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 479 ; RJS 12/1991, n° 1342 ; JCP E 1992. II. 264, p. 50, note P. POCHET ; D. 1992. Somm. 294, obs. M.-A. ROTSCILD SOURIAC ; Cass. soc., 15 mai 2001, préc. ; Cass. soc., 12 juin 2001, Bull. civ. V, n° 217 ; Cass. soc., 7 juin 2005, Bull. civ. V, n° 192), d'une prime conventionnelle de vacances et les conditions de revalorisation des salaires (Cass. soc., 12 juin 2001 et 7 juin 2005, préc.), d'une prime conventionnelle d'ancienneté (Cass. soc., 1^{er} déc. 1993, Bull. civ. V, n° 296 ; Dr. soc. 1994, p. 52 ; Cass. soc., 7 juin 2005, préc. ; Cass. soc., 9 nov. 2005, Bull. civ. V, n° 320) ou encore d'une prime conventionnelle d'assiduité (Cass. soc., 7 juin 2005, et 9 nov. 2005, préc.)

² Cass. soc., 4 déc. 2007, préc.

³ Cass. soc., 9 nov. 2005, préc. ; Cass. soc., 17 avr. 2008, préc.

⁴ Cass. soc., 12 fév. 1991, préc.

⁵ Cass. soc., 2 juil. 2003, n° 01-45.947, inédit ; Cass. soc., 23 mai 2006, Bull. civ. V, n° 183.

travail (...) applicable » dans l'entreprise issue de la restructuration¹. La distinction entre l'individuel et le collectif en droit du travail étant relativement abstruse, la notion d'avantage individuel est entourée d'un certain flou que le concept d'avantage acquis n'a pas à lui envier.

900. *Avantage acquis.* À l'instar des débats ayant animé la doctrine sur le caractère individuel de l'avantage, son caractère acquis a également donné lieu à diverses interprétations. Ainsi, si certains auteurs ont plaidé en faveur d'une acception large, en réalité *contra legem*, de ce caractère en qualifiant d'acquis tout droit ouvert ou éventuel prévu par l'accord mis en cause², d'autres estimaient au contraire que ne pouvaient revêtir cette qualification que les droits nés ou ouverts à la date de la mise en cause, quand un dernier courant avait une vision encore plus restrictive en n'accordant la qualité d'avantage acquis qu'à celui dont le salarié a déjà bénéficié³. Si jusqu'à la fin des années 1960 ne craignant pas la contradiction, la Cour de cassation, estimait qu'un droit simplement ouvert ou éventuel était acquis⁴, elle est depuis revenue sur cette position contestable⁵. Ainsi, est acquis, au sens de l'article L. 2261-14 du Code du travail l'avantage correspondant à « *un droit déjà ouvert et non simplement éventuel* »⁶. Il est donc indispensable que les salariés aient déjà rempli les conditions d'attribution ou de versement de l'avantage concerné pour pouvoir en invoquer le bénéfice au titre du maintien des avantages individuels acquis. Pour autant, le critère de l'ouverture du droit avant l'expiration du délai de survie de l'accord mis en cause, pour clair qu'il soit en apparence donne lieu à une mise en œuvre beaucoup moins limpide. Pour déterminer si un avantage peut être considéré comme acquis par un salarié, il convient d'une

¹ Cass. soc., 8 juin 2011, Bull. civ. V, n° 146 ; C. RADÉ, « L'organisation collective du temps de travail ne peut faire l'objet d'un avantage individuel acquis », Lexbase hebdo, éd. soc., n° 446, N° LXB N5895BS7. De même, l'avantage constitué par une heure quotidienne d'entraînement physique octroyée aux agents de la RATP chargés de la sécurité se rapportant aux conditions de travail de l'ensemble des agents à nécessairement un caractère collectif, Cass. soc., 1^{er} juin 2005, Dr. soc. 2005, p. 1065, obs. C. RADÉ ; JCP E 2006, 1356, note G. VACHET ; G. AUZERO, « La notion d'avantage « individuel » », Lexbase hebdo, éd. Soc. n° 172, N° LXB N5394AIM.

² V. en ce sens notamment, J. DÉPREZ, Modification de la situation juridique de l'employeur et rapports collectifs de travail, BS Lefebvre 7/1984, préc., M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, t. VII, 1989, Dalloz, p. 410, n° 233, p. 298, n° 166 bis ; H. GROUDEL note sous Bourges 13 déc. 1974, JCP 1975. II. 18174 ; G. LYON-CAEN et J. PÉLISSIER, *Droit du travail*, 1990, Précis Dalloz, n° 856 ; J. SAVATIER note sous Paris 9 févr. 1962, D. 1963, p. 124 ; G. VACHET, *Les conflits entre conventions collectives*, thèse Lyon 1977, p. 239.

³ Pour un résumé du débat, des diverses thèses ainsi que de certaines incohérences, V. Y. AUBREE, art. préc.

⁴ À propos des clauses conventionnelles ou contractuelles de maintien des avantages acquis, V., explicitement en ce sens, Cass. soc., 3 mars 1965, Bull. civ. IV, n° 183 ; Rapp. Cass. soc., 3 mars 1965, Bull. civ. IV, n° 180 ; *adde* Cass. soc., 29 mai 1959, Bull. civ. IV, n° 640 ; Cass. soc., 13 nov. 1959, Bull. civ. IV, n° 1135 ; Cass. soc., 12 oct. 1961, Bull. civ. IV, n° 853.

⁵ Elle a ainsi procédé à ce revirement dans un arrêt du 5 mars 1969 ; Cass. soc., 5 mars 1969, Bull. civ. V, n° 155 ; Dr. soc. 1969, p. 508, obs. J. SAVATIER.

⁶ Cass. soc., 19 déc. 1987, Bull. civ. V, n° 402 ; Cass. soc., 13 mars 2001, préc. ; Cass. soc., 12 juil. 2006, n° 04-46473, inédit ; Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 04-41.296, RJS 1/07, n° 87.

part de déterminer les modalités d'ouverture de ce droit et d'autre part de vérifier que le salarié les a remplies avant l'expiration du délai de quinze mois pendant lequel l'accord mis en cause continue à s'appliquer en l'absence d'accord de substitution.

S'agissant de la question des conditions d'ouverture d'un droit conventionnel, il convient en réalité d'identifier la date de la naissance de ce droit, celle de son exigibilité. À ce titre, dans la mesure où les indemnités de rupture naissent au moment où celle-ci est effective, elles ne peuvent, par essence, jamais constituer un avantage acquis. Il en va donc ainsi des indemnités de licenciement¹, de mise ou de départ à la retraite², de départ volontaire ou encore de la contrepartie financière à la clause de non concurrence³.

Concernant les diverses primes conventionnelles et indemnités, il convient de se référer à la date d'exigibilité fixée par la convention ou l'accord mis en cause pour apprécier si, avant l'expiration du délai de survie, le salarié a rempli les conditions d'octroi de l'avantage ; si tel est le cas, l'avantage sera acquis⁴. Par exemple, un sursalaire familial instauré par un accord mis en cause ne sera acquis que pour les enfants nés avant l'expiration du délai de survie, ceux nés après ne pourront permettre une réévaluation du sursalaire⁵. Il convient à ce titre de préciser que certains auteurs estiment, avec raison au vu de certaines décisions de la Cour de cassation, que sont seuls susceptibles d'être qualifiés d'acquis les droits ou avantages conventionnels présentant un caractère cyclique ou continu à l'exclusion de ceux dont la naissance est fonction de la survenance d'un événement ponctuel ou accidentel⁶. Seraient donc exclus par principe de la qualification d'avantage individuel acquis les droits liés à la maladie, à la maternité, à l'existence d'une grève⁷, etc. Toutefois, la Cour de cassation ne semble pas véritablement avoir tranché la question. En effet, si elle a affirmé que « *le maintien des avantages acquis à titre individuel (...) doit s'entendre des avantages*

¹ Cass. soc., 9 fév. 1978, Bull. civ. V, n° 98 ; Cass. soc., 23 juin 1999, Bull. civ. V, n° 297.

² Ainsi, un salarié qui remplissait les conditions pour pouvoir partir à la retraite avant l'expiration de l'application de la convention mise en cause, ne saurait revendiquer l'indemnité de départ à la retraite en tant qu'avantage individuel acquis s'il ne part à la retraite qu'après expiration du délai de survie ; Cass. soc., 8 nov. 2006, préc.

³ Cass. soc., 26 mars 1997, n° 94-41.944, inédit.

⁴ Il en va ainsi d'une prime conventionnelle de treizième mois (Cass. soc., 6 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 479 ; RJS 12/1991, n° 1342 ; JCP E 1992. II. 264, p. 50, note P. POCHET ; D. 1992. Somm. 294, obs. M.-A. ROTSCCHILD SOURIAU ; Cass. soc., 15 mai 2001, préc. ; Cass. soc., 12 juin 2001, Bull. civ. V, n° 217 ; Cass. soc., 7 juin 2005, Bull. civ. V, n° 192), d'une prime conventionnelle de vacances et les conditions de revalorisation des salaires (Cass. soc., 12 juin 2001 et 7 juin 2005, préc.), d'une prime conventionnelle d'ancienneté (Cass. soc., 1^{er} déc. 1993, Bull. civ. V, n° 296 ; Cass. soc., 10 nov. 1993, n° 89-42.526, Dr. soc. 1994, p. 52 ; Cass. soc., 7 juin 2005, préc. ; Cass. soc., 9 nov. 2005, Bull. civ. V, n° 320) ou encore d'une prime conventionnelle d'assiduité (Cass. soc., 7 juin 2005, et 9 nov. 2005, préc.).

⁵ Cass. soc., 17 avr. 2008, préc.

⁶ En ce sens, E. DOCKÈS, art. préc.

⁷ V. Cass. soc., 18 fév. 1997, n° 93-46.733, inédit, déniait le caractère d'avantage individuel acquis à un mode de calcul des retenues pour grève.

*ayant effectivement bénéficié dans le passé au salarié »*¹, elle a à l'inverse décidé que le maintien conventionnel de la rémunération en cas d'arrêt de travail pour maladie, dont un salarié avait bénéficié lors d'arrêts maladie antérieurs à la dénonciation de l'accord, ne pouvait constituer un avantage individuel acquis dont il pouvait se prévaloir pour un congé de maladie ayant commencé après ce délai².

La position de la Cour de cassation sur ce qui correspond à un avantage acquis n'est donc pas des plus claires, à l'instar de la détermination du caractère individuel ou collectif d'un avantage conventionnel. Le flou relatif entourant le concept d'avantage individuel acquis est regrettable eu égard aux enjeux qui entourent cette notion. Il est à ce titre bienvenu que la Cour de cassation reconnaisse aux syndicats le droit de saisir le juge pour qu'il détermine l'étendue de ces avantages après de la dénonciation d'un accord, solution transposable à l'hypothèse d'une mise en cause.

901. *Avantage individuel acquis et action syndicale.* L'article L. 2132-3 du Code du travail reconnaît aux syndicats qualité et intérêt à agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. La ligne de démarcation entre individuel et collectif est relativement imprécise, comme en témoigne le fait que si la mise en cause d'un accord collectif crée une situation relevant de la sphère collective pendant le délai de survie, le maintien des avantages individuels acquis est pour sa part difficilement rattachable à cette dernière³. Pour autant, la Cour de cassation décide que « *qu'un syndicat est recevable sur le fondement de l'article (...) L. 2132-3 [du Code du travail], à demander en justice que soit déterminée l'étendue des droits acquis par les salariés à la suite de la dénonciation d'un accord collectif* »⁴, solution transposable par analogie aux situations de mise en cause du statut collectif. Cette solution pour le moins laconique, n'en est pas moins justifiée à notre sens, en ce que, si les avantages individuels acquis sont incorporés au contrat et relèvent donc à ce titre de la sphère individuelle, la détermination de leur étendue n'en intéresse pas moins l'ensemble de la collectivité des salariés qui ont vu leur statut collectif dénoncé ou mis en cause. Comme le souligne Christophe RADÉ, « individuels par destination, ces avantages

¹ Cass. soc., 31 mars 1998, Bull. civ. V, n° 190, à propos d'une clause d'une convention collective instaurant le maintien des avantages conventionnels acquis.

² Le maintien du salaire pour ce congé ne correspondant pas selon la Cour de cassation à un droit déjà ouvert, il ne constituait dès lors pas un avantage individuel que l'intéressé avait acquis, en application de l'accord, à l'expiration dudit délai ; Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-43.324, inédit.

³ En ce sens, C. RADÉ, obs. sous Cass. soc., 2 déc. 2008, Dr. soc. 2008, p. 240.

⁴ Cass. soc., 2 déc. 2008, Bull. civ. V, n° 243 ; Dr. soc. 2008, p. 240, obs. C. RADÉ.

sont (...) collectifs par origine »¹. Permettre aux syndicats de demander en justice la détermination des avantages individuels acquis par les salariés sur le fondement d'une convention mise en cause nous semble donc non seulement justifié, mais aussi opportun eu égard au flou relatif qui entoure cette notion.

902. Incorporation des avantages individuels acquis au contrat de travail. Si l'article L. 2261-14 du Code du travail dispose que les salariés conservent le bénéfice des avantages individuels qu'ils ont acquis en l'absence d'accord de substitution conclu avant le terme du délai de survie de l'accord mis en cause, ce texte ne souffle mot de la technique juridique sur laquelle repose cette conservation. Un débat a donc eu lieu en doctrine, certains auteurs suggérant que ces avantages devaient être conservés tout simplement en application de la loi, ce qui impliquait dès lors leur intangibilité perpétuelle, relativement inopportune, tandis que d'autres plaidaient en faveur de leur incorporation au contrat de travail. La Cour de cassation a finalement retenu cette option et décide donc que « *le droit de la salariée au paiement de la prime de treizième mois prévue par la convention collective mise en cause constituait à l'expiration des délais mentionnés à [l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2261-14 du Code du travail] un avantage individuel acquis par elle qui s'était incorporé à son contrat de travail* »². Intégrés au contrat de travail, les avantages individuels acquis ne peuvent donc être modifiés sans l'accord préalable et exprès du salarié³.

903. Maintien des avantages individuels acquis et égalité de traitement. La contractualisation des avantages individuels acquis ne bénéficient qu'aux salariés transférés, à l'exclusion de ceux qui travaillaient déjà pour le cessionnaire avant la cession, et de ceux qui ont été embauchés par lui après. Le maintien des avantages individuels acquis induit donc une différence de traitement non seulement entre les salariés dont le statut collectif a été mis en cause, tous n'ayant pas nécessairement acquis les avantages, mais aussi entre salariés transférés et le reste du personnel de l'entreprise issue de la restructuration. Si certains salariés exclus du bénéfice des avantages individuels acquis ont tenté de faire valoir en justice une inégalité de traitement injustifiée ou une violation du principe « à travail égal, salaire égal »,

¹ C. RADÉ, obs. sous Cass. soc., 2 déc. 2008, préc.

² Cass. soc., 27 oct. 1998, n° 96-40.881, inédit ; Cass. soc., 27 oct. 1998, n° 96-40.880, inédit ; RJS 12/1998, n° 1520 ; Cass. soc., 19 oct. 1999, n° 97-45.907 à 97-45.911, Bull. civ. V, n° 386 ; RJS 11/1999, n° 1392. - V. dans le même sens, en cas de dénonciation, Cass. soc., 6 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 479 ; JCP E 1992. II. 264, p. 50, note P. POCHET ; D. 1992. Somm. 294, obs. M.-A. ROTSCCHILD SOURIAC ; Cass. soc., 13 mars 2001, Bull. civ. V, n° 90 ; Cass. soc., 7 juin 2005, Bull. civ. V, n° 192 ; Cass. soc., 28 avr. 2006, Bull. civ. V, n° 155.

³ Art. 1134, C. civ.

la Cour de cassation n'a pas souscrit à leur analyse. Dans une décision relative à la dénonciation d'un accord, transposable par analogie aux hypothèses de mise en cause, elle estime ainsi « *qu'au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la [mise en cause] d'un accord collectif ne saurait justifier des différences de traitement entre eux, à la seule exception de celles résultant, pour les salariés engagés avant la [mise en cause], des avantages individuels acquis par ces derniers, conformément à l'article [L. 2261-14] du code du travail, lesquels ont pour objet de compenser, en l'absence de conclusion d'un accord de substitution, le préjudice qu'ils subissent du fait de la [mise en cause] de l'accord collectif dont ils tiraient ces avantages* »¹. Cette solution, et l'effort de motivation réalisé à cette occasion par la Cour de cassation, ne peuvent qu'être approuvés. Les salariés dont le statut collectif a été mis en cause par la restructuration, et ceux qui n'en n'ont jamais relevé ne sont pas dans une situation identique, condition nécessaire à l'application du principe de l'égalité de traitement et du principe « à travail égal, salaire égal », émanation du premier en matière salariale. À ce titre, le fait que la Cour de cassation insiste sur la finalité du maintien des avantages individuels acquis, destiné à compenser un préjudice, est particulièrement bienvenu en ce qu'elle met ainsi en exergue son refus de se contenter de justifications formelles à l'appui d'une différence de traitement². Par ailleurs, cette position, conforme à la loi, est également en adéquation avec celle qui prévaut en matière de maintien d'avantages individuels sur le fondement d'un accord de substitution³, ou en matière de statut collectif non-négocié⁴.

Cependant, le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à ce que l'employeur décide, par engagement unilatéral, d'octroyer aux membres de son personnel qui n'ont jamais bénéficié de l'accord mis en cause, des avantages identiques à ceux dont bénéficient, au titre des avantages individuels acquis, les salariés dont le statut a été mis en cause par la restructuration⁵, ce qui permet d'éviter des tensions au sein de la collectivité de travail et

¹ Cass. soc., 11 juil. 2007, Bull. civ. V, n° 119 ; RDT 2007, p. 661, obs. G. PIGNARRE ; C. RADÉ, « Justification des inégalités salariales et maintien des avantages individuels acquis », Dr. soc. 2007, p. 1122 ; JCP S 2007, 1910, note J.-F. CESARO ; Cass. soc., 11 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 2 ; Dr. soc. 2005, p. 323, obs. C. RADÉ ; Cass. soc., 27 oct. 2010, n° 09-41.292, inédit.

² En ce sens, C. RADÉ, art. préc.

³ Cass. soc., 4 déc. 2007, préc.

⁴ Seuls les salariés transférés bénéficient des engagements unilatéraux ou des usages en vigueur chez leur ancien employeur, à l'exclusion du personnel engagé avant ou après la cession par l'entreprise cessionnaire ; Cass. soc., 7 déc. 2005, Bull. civ. V, n° 356.

⁵ Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 12-120.196 et 12-10.219, à paraître au Bulletin ; C. RADÉ, « Du rétablissement de l'égalité de traitement », Lexbase hebdo, éd. soc. 527, du 16 mai 2013, N° LXB A5202KCN.

d'assurer un climat social apaisé après la restructuration en assurant une harmonisation du statut collectif « par le haut »¹.

Seuls les avantages individuels acquis en application de l'article L. 2261-14 du Code du travail, ou prévus par un accord de substitution sur le fondement de ce texte, sont susceptibles d'être réservés aux seuls salariés dont le statut collectif a été mis en cause, à l'exclusion des avantages collectifs. La Cour de cassation décide en effet que la décision de l'employeur de maintenir des avantages collectifs au seul bénéfice du personnel repris, maintien qui ne résulte pas d'une disposition légale et qui n'est pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de salariés, constitue une inégalité de traitement qui n'est pas justifiée par des raisons objectives, dès lors que les salariés engagés par la suite et affectés dans la même entité, pour y exercer des travaux de même valeur ne bénéficient pas de ces avantages collectifs². Cette solution et l'effort de motivation réalisé par la Cour de cassation ne peuvent, là encore, que susciter l'adhésion. Destinés à régir la collectivité de travail et institués dans son intérêt, les avantages collectifs ne peuvent être réservés à certains salariés en l'absence de justification objective valable. L'employeur qui souhaite les maintenir n'a dès lors d'autre choix que d'en faire bénéficier l'ensemble de son personnel ce qui est logique au regard à la finalité de ces avantages.

Ainsi, lorsqu'une restructuration met en cause l'application d'une convention ou d'un accord collectif de travail dans une entreprise, les salariés qui en bénéficiaient jusqu'à lors voient l'impact de l'opération atténué par le droit social et plus particulièrement par l'article L. 2261-14 du Code du travail. En lieu et place de la disparition brutale de leur statut collectif au jour de la réalisation de l'opération, le droit social aménage une transition en douceur vers le nouveau statut en vigueur dans l'entreprise issue de la restructuration. Ainsi, l'ensemble des stipulations, tant individuelles que collectives de l'accord mis en cause, continue de produire effet pendant quinze mois à compter de la mise en cause, sauf si un accord de substitution est conclu pendant ce délai. Si un tel accord entre en vigueur au cours du délai de survie, il met fin automatiquement à l'application du statut mis en cause dont les salariés ne peuvent plus se prévaloir à l'issue du délai de trois mois de préavis irréductible. Faute de conclusion d'un tel accord, que le statut en vigueur dans l'entreprise d'accueil ne caractérise

¹ En ce sens également, C. RADÉ, art. préc.

² Cass. soc., 19 juin 2007, Bull. civ. V, n° 104 ; SSL 2008, n° 1343, p. 5, rapp. P. BAILLY ; I. MEYRAT, « Le sort des avantages issus du statut collectif à l'épreuve du principe "à travail égal, salaire égal" », Dr. ouv. 2007, p. 556.

pas, les salariés bénéficient du maintien des avantages individuels acquis sur le fondement du statut mis en cause, avantages qui s'incorporent à leur contrat de travail.

Toutefois, les dispositions de l'article L. 2261-14 du Code du travail ne semblent applicables selon nous qu'aux seuls conventions et accords collectifs à durée indéterminée, à l'exclusion des accords collectifs à durée déterminée dont le sort ne paraît pas avoir été réglé par le législateur français en cas de restructuration, question sur laquelle le droit social européen offre des pistes de réflexion.

B - Le sort des conventions et accords collectifs à durée déterminée.

904. L'article L. 2222-4 du Code du travail prévoit la possibilité de conclure des conventions et accords collectifs à durée déterminée. Ces accords, dont la durée fixée par les parties ne saurait excéder cinq ans, « se transforment » en accords à durée indéterminée à l'échéance de leur terme, sauf stipulations contraires¹. Si, en cas de transfert impliquant leur mise en cause, les accords à durée déterminée voués à se transformer en accord à durée indéterminée relèvent des prévisions de l'article L. 2261-14 du Code du travail, tel ne semble pas être le cas lorsque les partenaires sociaux ont prévu l'extinction de l'accord à la survenance de son terme².

Selon Yann AUBREE, en cas de restructuration impliquant la sortie de l'entreprise du champ d'application d'un tel accord, il convient de distinguer les hypothèses dans lesquelles le terme de l'accord fixé par les partenaires sociaux échoit au cours du délai de survie, de celles dans lesquelles il survient postérieurement. Ainsi, il propose de faire primer l'article L. 2261-14 du Code du travail sur le régime des accords collectifs à durée déterminée si leur terme survient au cours du délai de survie. L'employeur serait donc tenu d'appliquer ces accords pendant quinze mois et ainsi obligé de les exécuter au-delà de leur terme, sauf conclusion antérieure d'un accord de substitution. À l'inverse, en cas d'échéance du terme postérieure au délai de survie, il suggère que le régime de l'accord à durée déterminée

¹ Art. L. 2222-4, C. trav.

² Il convient toutefois de signaler un arrêt inédit rendu par la Cour de cassation en 2002 dans lequel alors que le l'un des moyens au pourvoi soutenait que le régime de la mise en cause ne pouvait s'appliquer à un accord collectif à durée déterminée, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi sans répondre expressément à cette question, tout en validant l'application du régime de la mise en cause à un accord collectif à durée déterminée à la suite d'un transfert. Cass. soc., 22 mai 2002, n° 01-40.258, inédit. Certains auteurs estiment pour leur part que la généralité des termes de l'article L. 2261-14 du Code du travail ne permet pas d'écarter son application à un accord collectif à durée déterminée. En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 238 ; Y. PAGNERRE, « L'enfer du transfert en cas d'accord de maintien de l'emploi », JCP S 2014, 1328.

prévale, imposant ainsi à l'employeur de respecter les dispositions de l'accord à durée déterminée jusqu'à la survenance de son terme¹.

Cette position nous semble contestable en ce qu'elle revient à traiter différemment ces accords selon la date de survenance de leur terme, sans qu'une justification juridique ne fonde cette différence de traitement. Yann AUBREE assoit sa position en arguant qu'il convient de faire primer le régime le plus favorable aux salariés selon les circonstances. Si le terme échoit avant les quinze mois de survie prévus par l'article L. 2261-14 du Code du travail, il serait donc selon lui plus favorable d'appliquer ce texte imposant l'exécution de l'accord au-delà du terme initialement prévu. Nous ne partageons pas cette opinion. D'une part, le développement d'accords d'entreprise donnant-donnant ou de conventions d'entreprise susceptibles de déroger *in pejus* dans certains domaines aux dispositions des conventions de branche, ne permet pas de présumer que le maintien de ces accords au-delà de leur terme est plus favorable aux salariés. D'autre part, et surtout, cette position semble contraire au droit européen.

905. Si l'article L. 2261-14 du Code du travail ne vise pas particulièrement les conventions collectives à durée indéterminée et qu'ainsi l'adage *Ubi lex non distinguit nec nos debemus distinguere* invite à considérer que les accords à durée déterminée relèvent du régime institué par ce texte, il nous semble que tel n'est pas le cas au regard non seulement du droit européen, mais aussi du droit interne. En effet, l'article 3§3 de la directive du 12 mars 2001, dont l'article L. 2261-14 du Code du travail est la transposition en droit français, dispose qu'« *après le transfert, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective* ». Dès lors, il ne semble pas incongru d'interpréter les dispositions de l'article L. 2261-14 du Code du travail à la lumière de ce texte et de la jurisprudence de la CJUE qui affirme que cet article « ***n'oblige pas le cessionnaire à garantir le maintien des conditions de travail convenues avec le cédant au-delà de la date d'expiration de la convention collective*** »².

¹ Y. AUBREE, art. préc.

² CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-396/07, *Juuri*, Rec. 2008, I-08883, point 34 ; JCP S 2009, 1187, note P. MORVAN. Il convient de préciser que la CJUE affirme ce principe alors même qu'en l'espèce le terme de la convention collective coïncidait avec le jour du transfert...

Par ailleurs, si la Commission de recodification a, fort pertinemment, séparé les dispositions relatives à la mise en cause de celles de la dénonciation en redistribuant, dans plusieurs articles, les différents alinéas de l'ancien article L. 132-8 du Code du travail, il convient de ne pas oublier que ce texte faisait référence aux conventions et accords collectifs à durée indéterminée¹. Certes, en application du droit commun, seuls ces derniers peuvent être dénoncés, à l'exclusion des accords à durée déterminée. Pour autant, c'est bien à un texte dédié aux accords à durée indéterminée que renvoyaient les dispositions relatives à la mise en cause, ce qui peut laisser à penser que le législateur n'a pas envisagé la mise en cause des accords à durée déterminée, relativement rares en 1971 date à laquelle a été pour la première fois envisagé le sort des conventions et accords collectifs en cas de restructuration². Il nous semble donc que l'article L. 2261-14 du Code du travail n'est pas applicable aux conventions et accords collectifs à durée déterminée.

Ainsi, afin d'éviter la perte brutale du statut issu de ces accords en cas de restructuration du fait de l'effet relatif des conventions, et de se conformer à l'article 3§3 de la directive tel qu'interprété par la CJUE, le nouvel employeur devrait être tenu d'appliquer aux salariés repris les accords à durée déterminée en vigueur chez son prédécesseur, jusqu'à la survenance de leur terme, et ce en toutes circonstances.

Les salariés transférés pourraient donc se prévaloir des dispositions de ces accords jusqu'à la survenance de leur terme et non au-delà, peu important qu'il survienne pendant le délai de survie des accords à durée indéterminée prévu par l'article L. 2261-14 du Code du travail qui leur est, à notre sens, inapplicable. Dans ces conditions, la protection accordée par le droit social pour éviter la disparition brutale du statut collectif du fait d'une restructuration serait maintenue en obligeant le nouvel employeur à respecter une convention dont son entreprise ne relève pas. Pour autant, dans la mesure où la cessation de l'application de l'accord résulte de la survenance de son terme et qu'elle est donc totalement étrangère à la restructuration et à la volonté de l'employeur, rien ne justifie que le cessionnaire soit tenu d'appliquer ces accords au-delà de leur terme, alors même que si la restructuration n'avait pas eu lieu les salariés n'auraient pu continuer à bénéficier de leurs stipulations une fois le terme échu. Il apparaît ainsi conforme au droit européen et à la volonté initiale des partenaires sociaux qui ont conclu un accord à durée déterminée afin de permettre aux salariés de jouir

¹ Avant la recodification, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-8 du Code du travail disposait ainsi « *La convention et l'accord collectif de travail à durée indéterminée peuvent être dénoncés par les parties signataires. Ils prévoient les conditions dans lesquelles ils peuvent être dénoncés, et notamment la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation. En l'absence de stipulation expresse, cette durée est de trois mois* »

² Loi n° 71-561, du 13 juil. 1971, préc.

temporairement de certains avantages, que ceux-ci cessent de s'appliquer après l'échéance du terme conventionnel, peu important qu'il survienne moins de quinze mois après le transfert. Une fois le terme survenu les salariés ne peuvent plus revendiquer l'application de l'accord à durée déterminée, ni un quelconque maintien des avantages individuels acquis.

Par ailleurs, dans l'hypothèse inverse, l'employeur devrait respecter les dispositions de l'accord collectif affecté par le transfert jusqu'à la survenance de son terme, peu important qu'il échoie après le délai de survie de l'article L. 2261-14 du Code du travail dont il ne relève pas. Cette solution, si elle était retenue par la Cour de cassation serait ainsi conforme au droit européen et protectrice de la situation collective des salariés, situation que la jurisprudence préserve également en imposant le transfert du statut collectif non-négocié en cas de restructuration justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

§ 2 - Le sort du statut collectif non-négocié.

Outre les conventions et accords collectifs, un statut collectif non-négocié peut être applicable dans une entreprise et accorder des droits et avantages aux salariés. Une entreprise peut ainsi être soumise à des usages professionnels ou locaux, héritage des traditions corporatistes de l'Ancien régime. Défini comme « une pratique professionnelle ancienne et constante, qui, dans l'esprit de ceux qui l'observent, correspond à une obligation »¹, l'usage est une source traditionnelle du droit du travail, une sorte de « sous-coutume »². Si le Code du travail se réfère aux usages dans certains articles³, leur définition et leur régime juridique a été élaboré par les juges, contraints d'encadrer ces pratiques dans le silence de la loi. S'il existe des usages locaux ou professionnels, l'essor de la négociation collective a contribué à leur déclin. En revanche, les usages d'entreprise résultant d'une pratique constante et générale initiée par l'employeur demeurent plus vivaces et illustrent, à l'instar des engagements unilatéraux, l'effectivité du pouvoir normatif de l'employeur⁴. En effet, celui-ci est doté d'un pouvoir normatif propre lui permettant d'instaurer de véritables règles de droit générales et

¹ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12^{ème} éd., 1999, p. 533.

² G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2014, éd. 28, n° 67.

³ Ainsi, les articles L. 1237-1 (pour fixer la durée du préavis de démission), L. 1234-1 (pour fixer la durée du préavis en cas de licenciement d'un salarié ayant moins de six mois d'ancienneté), L. 1242-2, 3° (pour admettre le recours au CDD) ou encore L. 1234-8 (pour admettre une cause de suspension du contrat de travail), du Code du travail font expressément référence aux usages.

⁴ Il convient de préciser qu'en cas de litige sur l'existence même de l'usage ou de l'engagement unilatéral, c'est le salarié qui supporte la charge de la preuve conformément au droit commun. S'il invoque le bénéfice d'un usage en vigueur chez son ancien employeur, il appartiendra dès lors au salarié de rapporter la preuve du caractère fixe, constant et général de la pratique.

abstraites ayant vocation à s'appliquer dans l'entreprise. Un pouvoir réglementaire lui a, à ce titre, été reconnu et a progressivement été encadré par le droit social. Aux termes de l'article L. 1311-2 du Code du travail, « *l'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins vingt salariés* »¹, son contenu est strictement limité par la loi au droit disciplinaire et aux conditions de santé et de sécurité dans l'entreprise².

Outre, le règlement intérieur et l'instauration d'usages dans l'entreprise, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir normatif, prendre des engagements unilatéraux à l'égard de son personnel. Protéiforme, l'engagement unilatéral recouvre une multiplicité d'actes et d'engagements juridiques de l'employeur ne répondant au formalisme d'aucune autre source traditionnelle du droit du travail. L'engagement unilatéral de l'employeur résulte d'une manifestation claire et non équivoque de volonté de sa part, suffisamment ferme pour avoir fait naître, dans l'esprit des salariés, une attente légitime³. La forme importe donc peu ; il peut s'agir d'accords dits atypiques, de notes de services, de circulaires, etc., seule compte la manifestation claire de la volonté de l'employeur d'accorder un avantage à ses salariés, l'engagement unilatéral étant par définition impropre à créer une quelconque sujétion à leur égard. La problématique du sort des avantages accordés aux salariés par un engagement unilatéral de l'employeur ou un usage en cas de transfert d'entreprise n'a pas été réglée par le législateur, pas plus qu'il ne s'est prononcé sur les conséquences d'une restructuration sur le règlement intérieur en vigueur dans l'entreprise. La Cour de cassation a donc été amenée à régler cette question. Afin de préserver la situation des salariés face aux restructurations et conformément à la finalité traditionnelle du droit social en la matière, la jurisprudence atténue l'impact de ces opérations sur le statut non-négocié des salariés en imposant son transfert au cessionnaire en cas de restructuration justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Toutefois, si le nouvel employeur est tenu de respecter le statut collectif non-négocié en vigueur chez son prédécesseur (A), ce maintien est relativement précaire tant sa remise en cause est aisée (B).

A - Le maintien du statut collectif non-négocié au profit des salariés repris.

¹ Art. L. 1311-12, C. trav.

² Art. L. 1321-1 et s., C. trav.

³ G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2014,, éd. 28, n° 717.

Edictés formellement par l'employeur ou « pratiqués » régulièrement par ce dernier, règlement intérieur, engagements unilatéraux et usages d'entreprise semblent particulièrement fragilisés en cas de transfert. Aux termes de l'article 1165 du Code civil, ces normes devraient être inopposables au nouvel employeur ce qui impliquerait la disparition brutale du statut collectif non-négocié des salariés en cas de restructuration. Afin de neutraliser les conséquences abruptes de l'application de ce texte sur la situation des salariés et de pallier l'imprévision du législateur, la Cour de cassation décide que ces diverses normes sont transmises au nouvel employeur, tenu de s'y conformer à l'égard des salariés repris. La Cour de cassation décide donc *ex nihilo* que le nouvel employeur doit continuer à respecter le statut collectif non-négocié des salariés après le transfert (1), maintien dont le fondement relativement obscur pourrait être la théorie institutionnelle de l'entreprise (2).

1 - La survie du statut collectif non-négocié par-delà la restructuration.

Si une jurisprudence relativement ancienne et constante de la Cour de cassation assure le maintien des usages et engagements unilatéraux chez le nouvel employeur (a), un arrêt relativement récent semble également se prononcer en ce sens s'agissant du règlement intérieur en vigueur dans leur entreprise d'origine (b).

a - Le maintien des usages et engagements unilatéraux.

906. Soumis à un régime juridique identique par la jurisprudence de la Cour de cassation, usages¹ et engagements unilatéraux de l'employeur² survivent au transfert de l'entreprise et sont donc opposables au cessionnaire tenu les exécuter au profit du personnel repris. Ainsi, à la différence des conventions et accords collectifs soumis aux dispositions de l'article L. 2261-14 du Code du travail, et mis en cause par une restructuration, ces normes collectives sont transférées automatiquement et de plein droit au nouvel employeur qui ne saurait s'y soustraire, sauf à les dénoncer régulièrement.

Les salariés transférés bénéficient donc du maintien chez le nouvel employeur de l'ensemble des droits et avantages issus des usages et engagements unilatéraux qui étaient en vigueur au moment du transfert, à la stricte condition toutefois que la restructuration relève de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ce n'est en effet que si, et seulement si, l'opération consiste à transférer une entité économique autonome dont l'identité est maintenue et l'activité poursuivie ou reprise que le nouvel employeur est tenu par les engagements unilatéraux ou les usages qui liaient son prédécesseur, à l'exclusion de tout transfert conventionnel ou volontaire³. L'application au profit des salariés repris de leur statut collectif non-négocié d'origine ne dispense pas le nouvel employeur de leur offrir le bénéfice des usages et engagements unilatéraux en vigueur dans son entreprise avant le transfert. En cas de concours entre avantages ayant la même cause ou le même objet, les salariés repris bénéficient de la disposition la plus favorable, à l'exclusion de tout cumul d'avantages.

907. *Maintien du statut non-négocié et égalité de traitement.* À l'instar de la solution qui prévaut en matière de conventions et accords collectifs de travail, seuls les salariés repris peuvent se prévaloir auprès du nouvel employeur des droits prévus par les usages et engagements unilatéraux en vigueur dans leur entreprise d'origine, à l'exclusion des salariés

¹ V. Cass. soc., 16 déc. 1976, Bull. civ. V, n° 680 ; Cass. soc., 23 sept. 1992, Bull. civ. V, n° 479 ; V. sur cet arrêt, J. SAVATIER, « Cession d'entreprise et statut collectif des salariés », Dr. soc. 1993, p. 158 ; J. DÉPREZ, « Le sort des usages d'entreprise et des accords atypiques en cas de changement d'employeur », RJS 3/93, p. 143 ; D. GATUMEL, « Opposabilité des usages et accords collectifs atypiques au nouvel exploitant », JCP E 1993, I, 259, p. 322 ; Cass. soc., 9 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 311 ; Cass. soc., 7 déc. 2005, Bull. civ. V, n° 356.

² V. Cass. soc., 16 déc. 1992, Bull. civ. V, n° 594, V. sur cet arrêt, J. SAVATIER, art. préc. ; J. DÉPREZ, art. préc. ; D. GATUMEL, art. préc. ; Cass. soc., 21 sept. 2005, Bull. civ. V, n° 260 ; Cass. soc., 12 mars 2008, Bull. civ. V, n° 59 ; RDT 2008. 387, A. FABRE ; Dr. soc. 2008. 753, obs. A. MAZEAUD ; JCP S 2008. 1320, note F. DUMONT.

³ Cass. soc. 17 nov. 2010, n° 09-67.918 à 09-67.922, inédit.

engagés par le cessionnaire avant ou après le transfert¹. À la différence des décisions relatives au maintien des avantages issus du statut collectif négocié, dans lesquelles la Cour de cassation se livre à un réel effort de motivation, elle est beaucoup plus laconique en matière de statut collectif non-négocié. Elle se contente d'énoncer que « *l'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés* »². L'affirmation du caractère *légal* de la transmission au nouvel employeur d'un usage de l'entreprise cédante ainsi que le visa dans cette solution de l'article L. 1224-1 du Code du travail laisse le commentateur relativement perplexe, à l'instar du visa des articles L. 1224-1 et L. 2261-14 du Code du travail et de l'article 1134 du Code civil présent dans d'autres arrêts portant sur le sort du statut collectif non-négocié en cas de restructuration³. Est ainsi mis en exergue le flou qui entoure le fondement juridique du transfert du statut collectif non-négocié au nouvel employeur, transfert qui résulte selon nous de l'application de la théorie institutionnelle de l'entreprise, comme nous le verrons ultérieurement.

908. *Maintien d'ordre public ?* La Cour de cassation décide que « la transmission de l'engagement unilatéral au cessionnaire, en application de l'article [L 1224-1] du code du travail, s'opère lorsque la cession se réalise dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire ouverte à l'égard du cédant, sans que les conditions prévues dans l'offre du repreneur retenue par le tribunal de commerce puissent y faire obstacle »⁴. Elle semble ainsi affirmer implicitement le caractère d'ordre public de la survie des engagements unilatéraux du cédant dans l'entreprise cessionnaire, peu important l'ouverture d'une procédure collective, ce qui peut de prime abord surprendre. En effet, non seulement un certain nombre de règles prescrites par le droit social sont écartées en cas de restructuration intervenant dans le cadre d'une procédure collective⁵, mais en outre l'article L. 626-10 du Code de commerce dispose

¹ Cass. soc., 22 nov. 2006, n° 05-40.018, inédit, RDT 2007, p. 102, note P. WAQUET ; Cass. soc., 7 déc. 2005, Bull. civ. V, n° 356 ; RDC 2/2006, p. 414, obs. C. RADÉ ; Cass. soc., 11 janv. 2012, publié ; JCP S 2012, 1148, note J. DANIEL.

² Cass. soc., 11 janv. 2012, préc.

³ Cass. soc., 7 déc. 2005, préc.

⁴ Cass. soc., 12 mars 2008, Bull. civ. V, n° 59 ; RDT 2008. 387, A. FABRE ; Dr. soc. 2008. 753, obs. A. MAZEAUD ; JCP S 2008. 1320, note F. DUMONT ; C. RADÉ, « Transfert des engagements unilatéraux de l'employeur et plan de cession de l'entreprise », Lexbase hebdo, éd. soc., n° 298, du 27 mars 2008, n° LXB N4673BES.

⁵ Les licenciements pour motif économique sont ainsi soumis à un régime spécifique en cas de procédure collective, ces ruptures doivent faire l'objet d'une autorisation judiciaire. De même alors même que tout licenciement prononcé à l'occasion d'un transfert justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail est sans

que « *Le plan [de cession] expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagés pour la poursuite d'activité. Les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation* »¹. Comme le souligne un auteur, il semble, à la lecture de ce texte, qu'au titre des conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité, le repreneur devrait pouvoir écarter la reprise des usages et engagements unilatéraux de son prédécesseur². Toutefois, la Cour de cassation décide de faire primer la protection du statut collectif non-négocié des salariés en cas de transfert, dont le maintien semble selon elle relever de l'ordre public, sur le droit des procédures collectives. Cette solution, qui semble contraire à la lettre de l'article L. 626-10 du Code de commerce, s'inscrit toutefois dans la droite ligne de la doctrine de la Cour de cassation qui depuis une vingtaine d'années a abandonné la théorie de l'entreprise-activité au profit de celle de l'entreprise-institution, lorsqu'il s'agit de déterminer si une restructuration relève, ou non, des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail. En imposant le maintien impératif des usages et engagements unilatéraux en cas de transfert justiciable de cet article, la Cour de cassation s'attache à amoindrir l'impact d'une restructuration sur les droits des salariés conformément à la philosophie du droit social en la matière. Cette solution, relativement hétérodoxe juridiquement, est toutefois opportune en ce qu'elle préserve la situation collective des salariés transférés sans pour autant imposer une charge intangible au nouvel employeur qui, une fois la cession réalisée, peut très aisément se délier de ces obligations tant la remise en cause des usages et engagements unilatéraux est aisée.

Ainsi, les salariés transférés en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail bénéficient du maintien chez le cessionnaire des usages et engagements unilatéraux en vigueur chez leur ancien employeur au moment du transfert. Le non-respect par le nouvel employeur du statut collectif non-négocié applicable chez son prédécesseur est susceptible de constituer un manquement autorisant le salarié transféré à prendre acte de la rupture de son contrat aux torts de ce dernier ou à en solliciter la résiliation judiciaire. Les juges constateront la résiliation du contrat ou feront produire à la prise d'acte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, à la seule condition que le non-respect par le nouvel employeur du

effet, cette inefficacité est écartée en cas de licenciement autorisé dans le cadre d'un plan de cession arrêté par le tribunal de la procédure.

¹ Art. L. 626-10, C. com.

² En ce sens, C. RADÉ, art. préc.

statut-collectif non-négocié des salariés repris caractérise une faute grave de sa part, faisant obstacle au maintien du contrat¹.

Si les salariés repris bénéficient donc du maintien des usages et engagements unilatéraux en cas de transfert d'entreprise, il semble en aller de même du règlement intérieur en vigueur dans leur entreprise d'origine.

b - Le maintien du règlement intérieur par-delà la restructuration.

Qualifié d'acte réglementaire de droit privé par la jurisprudence², le règlement intérieur est une émanation du pouvoir normatif et réglementaire de l'employeur. Obligatoire dans les entreprises et établissements de vingt salariés et plus, son contenu est strictement limité depuis la loi du 4 août 1982 aux dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité dans l'entreprise ainsi qu'au droit disciplinaire³. Si le Code du travail fixe le contenu obligatoire du règlement intérieur, les mesures qui ne peuvent y figurer ainsi que les modalités selon lesquelles il doit être instauré⁴, il est en revanche muet sur son sort en cas de restructuration. En général, le règlement intérieur est un acte unilatéral de l'employeur, mais il est parfois négocié et conclu avec les syndicats représentatifs de l'entreprise. Dans une telle hypothèse, il a dès lors la nature de convention collective⁵, impliquant ainsi sa soumission aux dispositions de l'article L. 2261-14 du Code du travail en cas de restructuration. Mise à part cette hypothèse relativement peu courante, le sort du règlement intérieur, acte unilatéral de l'employeur, n'a pas été encadré par le législateur en cas de restructuration ; quant à la jurisprudence elle ne s'est prononcée que relativement récemment sur cette question dans un arrêt inédit.

¹ Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-26.634, à paraître au Bulletin (à propos d'une prise d'acte) ; Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-21.372, à paraître au Bulletin, sur ces arrêts V. F. GÉA, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ? », SSL du 7 avr. 2014, n° 1625 ; Cass. soc., 12 juin 2014 n° 12-29.063, à paraître au Bulletin et Cass. soc., 12 juin 2014, n° 13-11.448, à paraître au Bulletin (tous deux à propos d'une résiliation judiciaire).

² Cass. soc., 25 sept. 1991, Bull. civ. V, n° 381 ; GADT, 4^{ème} éd. préc., n° 177.

³ Art. L. 1321-1, C. trav.

⁴ Qu'il s'agisse de la consultation des représentants du personnel, du contrôle administratif de sa légalité ou des formalités de publicité et d'affichage ; art. L. 1321-1 et s. C. trav.

⁵ Cass. soc., 3 juillet 2001, Bull. civ. V, n° 245.

909. Si les termes de l'article 1165 du Code civil plaident en faveur de l'inopposabilité au nouvel employeur du règlement intérieur établi par son prédécesseur, la mise à l'écart constante de ce texte par le droit social dès lors que l'on est en présence du transfert d'une entité économique autonome justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, ne devrait souffrir aucune exception. Le règlement intérieur devrait ainsi être opposable au nouvel employeur. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est implicitement prononcée la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt inédit du 16 mars 2011. En l'espèce, la salariée d'une association transférée en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail dans une autre structure avait été licenciée pour faute grave par le nouvel employeur qui n'avait pas respecté une disposition du règlement intérieur en vigueur dans l'association cédante prévoyant « *une consultation des délégués du personnel sur la gravité de la faute et de la sanction qu'elle comporte* ». De ce fait, la salariée estimait que son licenciement était sans cause réelle et sérieuse, ce que confirmèrent les juges du fond, approuvés par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Certes la Cour de cassation n'énonce pas dans cet arrêt que le règlement intérieur en vigueur chez le cédant est transmis au nouvel employeur, toutefois elle reconnaît son applicabilité en l'espèce¹. Il semble donc à la lecture de cet arrêt que le règlement intérieur en vigueur chez le cédant soit opposable au nouvel employeur qui est tenu le respecter à l'égard des salariés repris. Il devrait toutefois pouvoir le remettre en cause ou le modifier en respectant les dispositions de l'article L. 1321-4 du Code du travail.

910. *Inopposabilité en cas de transfert vers un établissement à caractère administratif.* Il semble cependant que le règlement intérieur ne saurait être opposable à l'employeur après une restructuration impliquant changement de statut de l'entité reprise consécutive à son transfert du privé vers un service public administratif. En effet, l'obligation d'établir un règlement intérieur est cantonnée aux employeurs privés et aux établissements publics à caractère industriel et commercial². Il semble ainsi qu'une restructuration impliquant un transfert (ou une transformation) de l'entreprise vers un (en) établissement public à caractère administratif emporterait cessation immédiate et automatique de l'application du règlement intérieur, à l'instar du sort réservé par la Cour de cassation aux accords et

¹ Cass. soc., 16 mars 2011, n° 09-42.969, inédit.

² Art. L. 1311-1 C. trav.

conventions collectifs en cas de transfert d'une entité économique autonome vers entreprise dont le personnel est régi par un statut réglementaire¹.

Hors cette hypothèse, le règlement intérieur est donc transmis au nouvel employeur, tenu de le respecter à l'égard des salariés repris, ces derniers étant de surcroît soumis au règlement intérieur en vigueur dans l'entreprise cessionnaire. En cas de conflit entre clauses des règlements intérieurs ayant le même objet, la plus favorable devra être appliquée aux salariés. Toutefois, eu égard aux domaines d'intervention du règlement intérieur, il peut s'avérer opportun, voire nécessaire, que l'employeur remette en cause le règlement en vigueur chez son prédécesseur afin que l'ensemble de son personnel soit soumis aux mêmes règles en matière de discipline, de santé et de sécurité. Ainsi, si une clause du règlement intérieur établi par son prédécesseur est strictement incompatible avec la situation réelle de son entreprise, notamment en matière de santé et de sécurité, le nouvel employeur devra sans délai procéder à la modification ou au retrait du règlement intérieur du cédant en respectant les formalités prescrites par le Code du travail.

Si la jurisprudence impose la transmission au nouvel employeur des usages et engagements unilatéraux en vigueur chez le cédant, ainsi que celle du règlement intérieur, le fondement juridique de ce transfert donne lieu à controverses. Seule la théorie institutionnelle de l'entreprise semble à notre sens expliquer le transfert au nouvel employeur du statut collectif non-négocié.

¹ Dans une telle hypothèse, elle écarte l'application de l'article L. 2261-14 du Code du travail au motif que les dispositions de ces statuts ne peuvent être contredites par des accords collectifs.

2 - Le fondement du transfert du statut collectif non-négocié : la théorie institutionnelle de l'entreprise ?

911. Un flou persistant entoure le fondement des décisions de la Cour de cassation imposant le transfert au nouvel employeur du statut collectif non négocié. Elle a ainsi rendu certains arrêts au visa du seul article L. 1224-1 du Code du travail, d'autres visent, outre de ce texte, les articles L. 2261-14 du Code du travail et 1134 du Code civil¹. Elle a même affirmé que la transmission au nouvel employeur du statut collectif non-négocié en vigueur dans l'entreprise cédante s'opérait « *en application de l'article L. 1224-1* »² ou « *conformément à [ses] dispositions* »³, voire que le nouvel employeur était « *légalement tenu* » de respecter les droits issus d'un usage en vigueur chez son prédécesseur⁴. La relative inconstance dont fait preuve la Chambre sociale de la Cour de cassation à propos du fondement du maintien du statut collectif non-négocié chez le cessionnaire, crée une zone d'ombre inopportune dans la mesure où le principe de sécurité juridique requiert, dans une certaine mesure, que soit porté à la connaissance des justiciables le fondement juridique sur lequel ils se voient imposer des sujétions.

912. Si, le visa récurrent de l'article L. 1224-1 du Code du travail, et celui, plus rare, de l'article 1134 du Code civil, ont pu laisser penser qu'usages et engagements unilatéraux seraient liés au contrat de travail et seraient ainsi transmis avec lui au nouvel employeur, cette explication ne peut être retenue. En effet, non seulement l'article L. 1224-1 du Code du travail impose le transfert des seuls contrats de travail, mais en outre la jurisprudence affirme de longue date que les usages et engagements unilatéraux ne s'y incorporent pas⁵, ce que confirme d'ailleurs le régime de leur dénonciation qui n'implique aucunement l'accord du salarié.

913. Certains auteurs ont suggéré que la théorie institutionnelle de l'entreprise était à même d'expliquer les décisions de la Cour de cassation imposant au nouvel employeur le

¹ Cass. soc., 7 déc. 2005, préc.

² Cass. soc., 12 mars 2008, préc. ; Cass. soc., 22 nov. 2006, préc.

³ Cass. soc., 3 déc. 2003, n° 01-41.246, inédit.

⁴ Cass. soc., 11 janv. 2012, préc.

⁵ Cass. soc., 25 fév. 1988, Bull. civ. V, n° 139 ; Cass. soc., 11 janv. 2000, Dr. soc. 2000, p. 837, obs. M. VERICEL ; Cass. soc., 2 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 1001, obs. B. GAURIAU.

maintien, après la restructuration, du statut collectif non-négocié de l'entreprise cédante¹. Jean DÉPREZ écrivait ainsi que « la reconnaissance de cette opposabilité revient à traiter les usages et les accords informels comme de véritables éléments de l'entreprise, liés à elle de façon suffisamment étroite pour accompagner cette dernière en cas de cession ou de transformation »². « L'idée est proche de celle d'incorporation, non pas aux contrats individuels de travail mais à l'entreprise elle-même, laquelle est analysée ici comme constituant un tout indissociable, un ensemble d'éléments enchevêtrés, (...) dont chacun ne revêt sa véritable signification qu'en relation avec les autres. (...). La logique interne de ce « système » ou de cette « organisation » qu'est l'entreprise imposerait donc que tous ses éléments suivent un sort commun en cas de cession. (...) Dans une telle analyse, l'usage ou l'accord atypique seront tenus pour intégrés dans l'entreprise, (...). « Objectivés » en quelque sorte en tant que réalité de l'entreprise, ils se détachent complètement de la personne de l'employeur qui à l'origine en a pris l'initiative, et font logiquement partie de l'« héritage » économique-juridique que celui-ci transmet à son successeur, le fait que ce dernier ait été étranger à leur création étant alors indifférent »³.

Fonder la transmission impérative du statut collectif non-négocié sur la théorie institutionnelle de l'entreprise est loin d'être incongru dans la mesure où cette transmission n'a lieu qu'en cas de cession justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, article dont l'application est subordonnée au transfert d'une entité économique autonome. Or, d'une part la notion d'entité économique autonome renvoie à celle d'entreprise-organisation, par opposition à l'entreprise activité, et d'autre part le sens premier du terme *autonomie* est « la capacité à gouverner selon ses propres lois »⁴. Étymologiquement la faculté d'édicter ses propres normes constitue donc l'un des critères fondant l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Si le pouvoir normatif « attaché » à l'entreprise est une condition de l'applicabilité de l'effet translatif de ce texte, il ne semble pas incohérent que le transfert de l'entité implique celui des normes qui y sont en vigueur. À l'instar des contrats de travail, le statut collectif non-négocié en vigueur dans l'entreprise est donc transmis de plein droit au nouvel employeur qui, une fois la cession opérée, recouvre tous les pouvoirs attachés à la qualité de chef d'entreprise parmi lesquels celui de rompre les contrats, mais aussi de remettre en cause les normes applicables dans l'entreprise, ou d'en édicter de nouvelles.

¹ J. SAVATIER, art. préc. ; J. DÉPREZ, art. préc.

² J. DÉPREZ, art. préc.

³ J. DÉPREZ, art. préc.

⁴ Définition du dictionnaire Trésor en ligne.

Emmanuel DOCKÈS considère, pour sa part, que la théorie de l'entreprise-institution ne saurait fonder l'opposabilité du statut collectif non négocié au nouvel employeur parce qu'elle serait « incompatible avec l'absence de maintien automatique des conventions collectives anciennement applicables »¹. Cette objection ne résiste toutefois pas à l'examen dans la mesure où, en cas de transfert, la différence de traitement entre statut collectif négocié et non négocié ne résulte pas d'une contradiction interne à la jurisprudence, mais de l'obligation pour la Cour de cassation d'appliquer les dispositions de l'article L. 2261-14 du Code du travail aux conventions et accords collectifs à durée indéterminée. Ainsi, la théorie institutionnelle de l'entreprise semble à même d'expliquer la position de la Cour de cassation imposant, en cas de cession justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le transfert de l'entité économique autonome dans son intégralité, impliquant non seulement celui des moyens humains et matériels qui assurent son fonctionnement et la poursuite de l'activité², celui des contrats de travail, objet d'un texte spécifique, et de l'ensemble des normes élaborées en son sein (usages, engagements unilatéraux et règlement intérieur). En application de cette théorie, les conventions et accords collectifs d'entreprise devraient suivre le même sort. Le législateur en a décidé autrement en instaurant le mécanisme de la mise en cause qui devrait en réalité être réservé aux accords collectifs de niveau supérieur qui ne sont pas des normes créées par l'entreprise, mais des normes qui lui sont imposées parce qu'elle entre dans leur champ d'application. La mise en cause de ces accords par le transfert est ainsi cohérente puisqu'ils ne participent pas de l'autonomie, au sens littéral, de l'entreprise transférée. Imposés, ces accords n'ont pas été élaborés en son sein et ne relèvent dès lors pas de sa « capacité à gouverner selon ses propres lois ».

La théorie institutionnelle de l'entreprise constitue donc un fondement valable pour expliquer que la Cour de cassation impose le transfert du statut collectif non-négocié qui, à l'instar des contrats de travail, est attaché à l'entreprise et partant, transmis avec elle au nouvel employeur ; fondement d'autant plus pertinent qu'il est corroboré par la position de la Cour de cassation qui n'impose ce maintien qu'en cas de transfert justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail dont l'application est subordonnée au transfert d'une entité économique **autonome**, *id est* notamment capable de produire ses propres normes.

¹ Il estime ainsi que « sauf à considérer que la jurisprudence actuelle est contradictoire, il est nécessaire de rechercher un autre fondement au maintien de l'engagement unilatéral par la Cour de cassation », E. DOCKÈS, art. préc.

² Le transfert de ces moyens étant une condition d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Si la jurisprudence impose au nouvel employeur de respecter les usages, engagements unilatéraux et règlement intérieur en vigueur dans l'entreprise cédante avant la restructuration, elle ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre et au pouvoir normatif du nouvel employeur qui, une fois le transfert réalisé, peut remettre en cause ces normes selon des modalités peu contraignantes, entraînant ainsi la cessation de leur application au profit des salariés transférés.

B - Une remise en cause aisée du statut collectif non-négocié après le transfert.

Faute d'encadrement légal du régime juridique des usages et engagements unilatéraux de l'employeur, la Cour de cassation a donc dû non seulement déterminer leur sort en cas de restructuration, mais également définir les conditions nécessaires pour qu'ils cessent de s'appliquer. La procédure de dénonciation des usages et engagements unilatéraux, relativement peu contraignante, ou la conclusion d'un accord collectif ayant le même objet permettent au nouvel employeur de mettre fin à leur application au profit des salariés repris (1). Si le législateur n'a pas fixé les modalités de remise en cause des engagements unilatéraux et des usages, il a en revanche défini celles du retrait et de la modification du règlement intérieur (2).

1 - La remise en cause des usages et engagements unilatéraux.

Si la jurisprudence affirme l'opposabilité au nouvel employeur des usages et engagements unilatéraux en vigueur chez son prédécesseur, il peut mettre fin à leur application au bénéfice des salariés repris en respectant la procédure de dénonciation (a), ou en concluant un accord collectif portant sur le même objet (b).

a - La dénonciation par le nouvel employeur des usages et engagements unilatéraux de son prédécesseur.

914. Procédure de dénonciation des usages et engagements unilatéraux.

Conformément au droit commun, seuls les usages et les engagements unilatéraux à durée indéterminée peuvent être dénoncés par le nouvel employeur. De même, le nouvel employeur ne peut dénoncer que les usages d'entreprise, à l'exclusion des usages professionnels ou locaux. S'agissant de la procédure à respecter pour que la dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral soit régulière et, partant, effective, après avoir visé les « *règles régissant la dénonciation des usages d'entreprise et engagements unilatéraux de l'employeur* », la Cour de cassation considère que « *la dénonciation par l'employeur d'un usage [ou d'un engagement unilatéral] doit, pour être régulière, être précédée d'un préavis suffisant pour permettre des négociations et être notifiée aux représentants du personnel et à tous les salariés individuellement* »¹. Ainsi, la stabilité du statut collectif non-négocié après un transfert d'entreprise est relativement précaire, tant il est aisé pour l'employeur de le dénoncer.

915. Information/consultation des représentants du personnel. Le nouvel employeur doit donc informer les représentants du personnel de son intention de dénoncer un usage ou un engagement unilatéral en précisant notamment la date à laquelle cette dénonciation produira effet. Cette information doit être donnée « *s'agissant du comité d'entreprise, (...) en réunion du comité après inscription à l'ordre du jour ; [si] cette information [n'est] diffusée que par lettres individuelles adressées aux représentants du personnel (...) la dénonciation de l'usage était irrégulière* »². Cette solution ne peut qu'être approuvée dans la mesure où c'est en tant qu'institution que le comité d'entreprise doit être informé de la dénonciation, la simple information individuelle de ses membres n'étant pas assimilable à celle du comité. De surcroît, la dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral étant une décision de l'employeur susceptible d'affecter les conditions d'emploi et de travail des salariés, le comité doit être consulté au titre de l'article L. 2323-6 du Code du travail. Cette solution devrait être transposable aux délégués du personnel qui, en tant qu'institution représentative des salariés, doivent être informés (et consultés en l'absence de comité d'entreprise) de la dénonciation, en

¹ Cass. soc., 13 oct. 2010, Bull. civ. V, n° 234.

² Cass. soc., 5 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 1 ; JCP E 2005, 280, note P. WAQUET.

sus de l'information individuelle dont ils doivent être destinataires en tant que salariés. En revanche, les délégués syndicaux n'étant pas à proprement parler une institution représentative du personnel, il ne semble pas que l'employeur soit tenu de leur notifier cette information en cette qualité, ils doivent en revanche être informés en tant que salariés de l'entreprise. Cependant, notifier la dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral aux délégués syndicaux ne serait pas dénué d'intérêt dans la mesure où le délai de prévenance qui s'ouvre à compter de l'information est destiné à permettre une négociation qui devrait en principe se dérouler avec eux¹. L'information/consultation des représentants du personnel est une formalité *ad validitatem* de la dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral. Ainsi, l'employeur ne pourra valablement dénoncer le statut collectif non-négocié si l'entreprise est dépourvue de représentants du personnel et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi².

916. Information individuelle des salariés repris. Le nouvel employeur est tenu d'informer individuellement l'ensemble des salariés transférés de sa décision de dénoncer l'usage ou l'engagement unilatéral dont ils bénéficiaient chez le cédant, en précisant la date à laquelle la dénonciation sera effective, et ce, qu'ils aient ou non déjà bénéficié des avantages prévus par ces normes ou qu'il ne s'agisse que de droits éventuels³. Tous les salariés dont le contrat a été transféré sont donc destinataires à titre personnel de cette information qui ne saurait résulter d'un affichage⁴, ou de la connaissance personnelle que les salariés pourraient avoir de la décision de leur employeur⁵, pas plus que d'une réunion d'information⁶ ou d'une mention portée sur leur bulletin de salaire⁷. À défaut de notification individuelle de la dénonciation auprès de tous les salariés repris⁸, elle sera irrégulière et ne produira donc aucun

¹ En ce sens, P. WAQUET, note préc.

² Cass. soc., 16 nov. 2005, Bull. civ. V, n° 329 ; Dr. soc. 2006, p. 233, obs. J. SAVATIER.

³ Cass. soc., 13 oct. 2010, Bull. civ. V, n° 334 ; JCP G 2011, 1143, chron. L. DRAI ; S. TOURNAUX, « Dénonciation des usages : une procédure à géométrie variable », Lexbase hebdo, éd. soc. n° 414, du 28 oct. 2010, N° LXB N4381BQC ; Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-68.723, inédit ; C. RADÉ, « L'usage ou l'engagement unilatéral doit être dénoncé auprès de tous les salariés de l'entreprise », Lexbase hebdo, éd. soc. n° 436, du 14 avr. 2011, N° LXB N9641BRI.

⁴ Cass. soc., 27 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 591.

⁵ Cass. soc., 13 fév. 1996, Bull. civ. V, n° 53.

⁶ Cass. soc., 4 juil. 1995, n° 92-40.076, inédit.

⁷ Cass. soc., 9 avr. 2002, n° 00-41.783, inédit.

⁸ Notification dont il ne saurait être dispensé par la signature d'un accord en ce sens avec les représentants du personnel en ce sens, Cass. soc., 10 déc. 1987, Bull. civ. V, n° 718.

effet. Les salariés pourront donc continuer à se prévaloir des droits issus de l'usage ou de l'engagement unilatéral irrégulièrement dénoncé¹.

Si l'employeur est tenu d'informer les représentants du personnel et chaque salarié transféré de son intention de dénoncer un usage ou un engagement unilatéral, il n'a pas en revanche pas à motiver cette décision. Toutefois, s'il est rapporté la preuve que l'employeur a dénoncé un usage ou un engagement unilatéral pour un motif illicite, qu'il soit discriminatoire ou qu'il porte atteinte à un droit fondamental des salariés, la dénonciation sera nulle et ne produira dès lors aucun effet².

917. Délai de préavis suffisant. La Cour de cassation impose à l'employeur de faire précéder la dénonciation « *d'un préavis suffisant pour permettre des négociations* »³, sans apporter de précision sur la durée de ce préavis, le caractère suffisant étant souverainement apprécié par les juges du fond⁴. Cependant, ce délai de prévenance étant destiné à permettre une négociation tendant à conclure un accord prévoyant la suppression pure et simple des droits issus des normes dénoncées, ou leur remplacement par d'autres droits, éventuellement inférieurs, la Cour de cassation admet qu'un délai de trois mois est en principe suffisant en raisonnant par l'analogie avec le mécanisme de l'article L. 2261-14 du Code du travail. Toutefois, la durée du préavis considéré comme suffisant varie selon l'avantage en cause : certains droits ayant une périodicité annuelle peuvent exiger un préavis plus long. En général un délai compris entre trois mois et un an est considéré comme suffisant par les juges. À l'inverse, la suppression le 1^{er} décembre d'une prime de fin d'année arrivant à échéance le 31 décembre constitue une « *dénonciation tardive, [qui ne peut] avoir d'effet pour l'exercice en cours* »⁵.

Ainsi, dès lors que l'employeur a régulièrement informé/consulté les représentants du personnel et notifié à chaque salarié repris la future suppression de l'usage ou de l'engagement unilatéral en respectant un délai de prévenance suffisant, les droits issus de la

¹ Cass. soc., 27 nov. 1990, préc. ; Cass. soc., 13 fév. 1996, préc. ; Cass. soc., 4 juil. 1995, préc. ; Cass. soc., 9 avr. 2002, préc.

² Cass. soc., 13 fév. 1996, Bull. civ. V, n° 54 ; Dr. ouvr. 1996, p. 217, concl. Y. CHAUVY, en l'espèce il s'agissait de la dénonciation d'un usage pour tenter de faire échec à l'exercice du droit de grève, ce motif illicite entraîne donc la nullité de la dénonciation.

³ Cass. soc., 23 sept. 1992, Bull. civ. V n° 479 ; Cass. soc., 16 déc. 1992, Bull. civ. V, n° 594 ; Cass. soc., 23 fév. 1994, JS UIMM n° 94-573, p. 201 ; Cass. soc., 31 janv. 1995, n° 91-43.822, inédit ; Cass. soc., 4 févr. 1997, Bull. civ. V, n° 47 ; RJS 3/1997, n° 256 ; Cass. soc., 20 janv. 2010, n° 08-41.078, inédit.

⁴ Cass. soc., 16 mars 1989, Bull. civ. V, n° 221.

⁵ Cass. soc., 3 mars 1993, n° 89-45.785, inédit, RJS 4/93, n° 451.

norme collective non-négociée cessent de s'appliquer sans que l'accord des salariés ne soit requis¹, sous réserve que l'avantage ait été contractualisé. Une fois la dénonciation régulièrement effectuée par le nouvel employeur, au terme du délai de prévenance les normes dénoncées, cessent de s'appliquer ; les salariés repris ne sauraient s'en prévaloir, ni refuser d'exécuter leur contrat aux nouvelles conditions, sauf à s'exposer à un licenciement pour faute grave². À l'inverse, en cas de dénonciation irrégulière, les salariés pourront continuer à invoquer le bénéfice des droits et avantages résultant du statut collectif non-négocié en vigueur avant le transfert³, et prendre acte de la rupture de leur contrat ou solliciter sa résiliation judiciaire aux torts du nouvel employeur s'il ne fait pas droit à leur demande. La rupture produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁴, à condition que le non-respect de l'usage ou de l'engagement unilatéral irrégulièrement dénoncé fasse obstacle à la poursuite du contrat.

Si le nouvel employeur est tenu de respecter les usages et engagements unilatéraux qui lui ont été transmis avec l'entreprise, la stabilité du statut collectif non-négocié est relativement précaire puisque le nouvel employeur peut y mettre fin en le dénonçant selon des modalités relativement peu contraignantes. Outre la voie unilatérale, l'employeur peut décider de mettre fin à un usage ou à un engagement unilatéral en concluant un accord collectif ayant le même objet. La voie conventionnelle offre de multiples avantages puisqu'un même accord peut constituer l'accord de substitution mettant fin à l'application des accords collectifs mis en cause et à celle du statut collectif non-négocié, en permettant de surcroît l'harmonisation du statut collectif applicable à l'ensemble du personnel de l'entreprise issue de la restructuration.

¹ À ce titre, il convient d'indiquer que le respect de cette procédure s'impose à l'employeur qui ne peut modifier ou dénoncer un usage ou un engagement unilatéral en concluant un accord avec son personnel, un tel accord ne constitue pas une dénonciation régulière et dès lors les salariés peuvent se prévaloir des avantages issus de la norme non-négociée. Cass. soc., 18 sept. 2013, n° 12-15.328, G. AUZERO, « De la nature de l'avantage résultant d'un usage d'entreprise, modifié avec l'accord des salariés », Lexbase hebdo éd. soc. du 3 oct. 2013, N° LXB : N8754BTE.

² Cass. soc., 10 juil. 1996, Bull. civ. V, n° 278 ; Dr. soc. 1996, p. 976, obs. H. BLAISE.

³ Cass. soc., 27 nov. 1990, préc. ; Cass. soc., 13 fév. 1996, préc. ; Cass. soc., 4 juil. 1995, préc. ; Cass. soc., 9 avr. 2002, préc. ; Cass. soc., 20 janv. 2010, n° 08-41.078, inédit.

⁴ Cass. soc., 6 avr. 1993, n° 89-42.731, inédit ; Dr. soc. 1994, p. 364.

b - La cessation de l'application d'un usage antérieur par la conclusion d'un accord collectif ayant le même objet.

Si les usages et engagements unilatéraux de son prédécesseur sont opposables au nouvel employeur après le transfert, « *lorsqu'un accord collectif ayant le même objet qu'un engagement unilatéral de l'employeur est conclu entre celui-ci et une ou plusieurs organisations représentatives de l'entreprise, cet accord a pour effet de mettre fin à cet engagement unilatéral, peu important que celui-ci ait été ou non préalablement dénoncé* »¹. Il en va de même s'agissant d'un usage², étant précisé que l'employeur ne peut pas mettre un terme à l'application d'usages locaux ou professionnels en concluant un accord collectif d'entreprise ayant le même objet dans la mesure où « *un usage local ne peut être remis en cause que par un accord collectif ayant le même objet, conclu dans le champ d'application géographique de l'usage ou dans un champ géographique plus large* »³.

918. Conditions tenant à l'accord. Seul un accord collectif au sens de l'article L. 2231-1 du Code du travail est susceptible de mettre fin à l'application du statut collectif non-négocié de l'entreprise cédante, à condition qu'il entre en vigueur après ledit statut. Les conventions et accords collectifs en vigueur chez le cessionnaire au moment du transfert ne peuvent donc remettre en cause l'application des usages et engagements unilatéraux transmis avec l'entité.

Il est indispensable en outre que l'accord ait le même objet que l'usage ou l'engagement unilatéral dont il entend faire cesser l'application. Les partenaires sociaux peuvent soit expressément mentionner que l'accord se substitue au statut collectif non-négocié ou qu'il met un terme à son application, soit prévoir des dispositions ayant le même objet que celles issues de l'usage ou de l'engagement unilatéral. À ce titre, la Cour de cassation fait preuve de rigueur s'agissant de l'identité d'objet : une prime d'expérience et une prime d'ancienneté n'ayant pas le même objet, la première prévue dans un accord collectif ne

¹ Cass. soc., 10 mars 2010, Dr. soc. 2010, p. 1097 ; M. VERICEL, « Le sort des engagements unilatéraux en cas de conclusion postérieure d'un accord collectif », Dr. soc. 2010, p. 1092 ; Cass. soc., 19 nov. 1997, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc., 25 janv. 2006, obs. P. WAQUET ; Cass. soc., 8 janv. 2002, RJS 5/02, n° 586 ; Cass. soc., 27 sept. 2006, Dr. soc. 2007, p. 190, obs. P. WAQUET.

² Cass. soc., 19 déc. 1990, Bull. civ. V, n° 688 ; RJS 2/91, n° 224, J. DÉPREZ, art. préc. ; RJS 2/1991, n° 224 ; Cass. soc., 25 janv. 1995, 1^{re} esp., Bull. civ. V, n° 40 ; RJS 3/1995, n° 279 ; V. dans le même sens, Cass. soc., 22 janv. 1960, Bull. civ. IV, n° 81 ; Cass. soc., 2 févr. 1962, Bull. civ. IV, n° 149 ; Cass. soc., 20 janv. 1971, Bull. civ. V, n° 37 ; Cass. soc., 9 juill. 1996, Bull. civ. V, n° 276 ; Dr. soc. 1996, p. 983, obs. J. SAVATIER.

³ Cass. soc., 8 avr. 2010, Bull. civ. V, n° 94.

saurait mettre fin à l'application usuelle de la seconde¹. De même, si la Cour de cassation estime que la poursuite du versement d'une prime usuelle, après la liquidation de la retraite, la transforme en « avantage de retraite » dont le bénéfice ne peut donc être remis en cause une fois la retraite liquidée par la dénonciation de l'usage instituant la prime², en revanche, la conclusion d'un accord collectif ayant le même objet met pour sa part fin à « l'avantage de retraite »³. S'il ne semble pas que la Cour de cassation ait souhaité abandonner la qualification d'« avantages de retraite » au cœur des débats devant les juges du fond⁴, il apparaît en revanche qu'elle ait voulu mettre fin à leur intangibilité, non pas en cas de dénonciation unilatérale de l'usage ou de l'engagement unilatéral qui en est la source, mais lorsqu'est conclu accord collectif ayant le même objet, comme en témoigne la motivation de l'arrêt dans lequel elle rappelle que les « *organisations représentatives de l'entreprise qui ont vocation à négocier pour l'ensemble des salariés et anciens salariés* »⁵.

Si l'identité d'objet entre l'accord collectif et les usages ou engagements unilatéraux antérieurs est une condition *sine qua non* de la remise en cause de l'application des seconds par le premier, le caractère plus ou moins favorable de l'accord est en revanche indifférent. Dès lors qu'un accord postérieur portant sur le même objet qu'un usage est conclu, il met fin à son application, peu important que l'usage soit plus favorable que les dispositions conventionnelles⁶. Cette solution, rendue à propos de l'entrée en vigueur d'une convention de branche contenant une stipulation ayant le même objet qu'un usage d'entreprise, est à notre sens critiquable⁷, eu égard à la mise à l'écart de l'ordre public social qui en résulte. Si les usages et engagements unilatéraux se situent incontestablement à la base de la pyramide des normes en droit social, comment justifier la dérogation au principe de faveur, principe fondamental en droit du travail selon la Cour de cassation⁸, et principe général du droit du travail selon le Conseil d'État⁹, en vertu duquel « une norme peut toujours être plus favorable

¹ Cass. soc., 3 déc. 2003, n° 01-41.246, inédit.

² Cass. soc., 30 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 367 ; RJS 2/2005, n° 246 ; sur cet arrêt V. S. PELISSIER-LOEVENBRUCK, « L'avantage de retraite : une catégorie sui generis ? », SSL, 2005, n° 1227, p. 7 ; dans le même sens, Cass. soc., 7 mai 2009, Dr. soc. 2010, p. 1262, obs. P. LANGLOIS.

³ Cass. soc., 20 mai 2014, n° 12-26.322, à paraître au Bulletin, C. RADÉ, « Un accord collectif peut supprimer des « avantages de retraite » », Lexbase hebdo éd. soc. du 5 juin 2014, N° LXB N2510BUI.

⁴ En ce sens, C. RADÉ, obs. préc.

⁵ Cass. soc., 20 mai 2014, préc.

⁶ Cass. soc., 19 nov. 1997, préc. ; Cass. soc., 25 janv. 2006, préc. ; Cass. soc., 19 déc. 1990, préc.

⁷ Pour une critique de cette solution, V. M. VERICEL, art. préc. ; J. DÉPREZ, art. préc.

⁸ Cass. soc., 17 juil. 1996, Dr. soc. 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN ; note J. SAVATIER ; GADT, n° 174 ; Cass. soc., 17 juil. 1996, Bull. civ. V, n° 296 ; Cass. soc., 8 oct. 1996, Dr. soc. 1996, p. 1046, obs. J. SAVATIER.

⁹ CE, Avis du 22 mars 1973, Dr. soc. 1973, p. 514 ; CE, 8 juil. 1994, CGT, RJS 12/94, n° 1386 et p. 819, note X. PRETOT.

aux salariés qu'une norme de niveau supérieur, et ne peut y déroger que dans un sens plus favorable »¹ ?

Il semble que la non-application du principe de faveur entre usage et convention collective ultérieure repose sur l'automatisme de l'effet extinctif de l'entrée en vigueur d'un accord collectif sur l'usage ou l'engagement unilatéral antérieur ayant le même objet, en dépit de leur caractère plus favorable. Reste alors à déterminer le fondement de cet effet abrogatif. La lecture de certains arrêts laisse à penser que la justification de cet effet repose sur un fondement volontariste qui, selon les circonstances, peut être contestable. En effet, la Cour de cassation affirme qu'il peut être mis fin à un usage ou un engagement unilatéral par une convention collective postérieure, dans la mesure où « *l'usage [est], par nature, supplétif de la volonté des parties* »². Cette explication apparaît incontestable lorsque les partenaires sociaux de l'entreprise concluent un accord collectif portant sur le même objet qu'un usage, hypothèse dans laquelle on peut en effet présumer qu'ils souhaitent, en adoptant ces nouvelles dispositions, mettre fin à l'usage jusqu'à lors en vigueur³. En revanche, cette justification est spéieuse lorsque c'est l'entrée en vigueur d'un accord de branche qui emporte cessation de l'application d'un usage d'entreprise ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, dans la mesure où les partenaires sociaux de l'entreprise n'ont jamais souhaité remettre en cause les avantages usuels.

Enfin, cette solution présente l'inconvénient de l'automatisme de la cessation de l'application des usages et engagements unilatéraux dès l'entrée en vigueur de l'accord ou de la convention, et ce, sans que les salariés ne soient destinataires d'une quelconque information à ce propos. Il semblerait légitime que les salariés soient informés de la suppression des droits résultant de l'usage ou de l'engagement unilatéral jusqu'à lors en vigueur, quel que soit le mode, unilatéral ou négocié, emportant cessation de l'application de ces normes⁴.

En tout état de cause, l'effet abrogatif des droits issus des usages et engagements unilatéraux dont est dotée l'entrée en vigueur postérieure d'un accord collectif ayant le même objet, permet à l'employeur de régler le sort de l'ensemble du statut collectif des salariés repris, à l'exclusion des dispositions du règlement intérieur, en concluant un accord de substitution tel que prévu à l'article L. 2261-14 du Code du travail. Un tel accord permet en

¹, G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2014, éd. 28, n° 71.

² Cass. soc., 19 déc. 1990, préc.

³ En ce sens, J. DÉPREZ, art. préc.

⁴ En ce sens, M. VERICEL, art. préc.

effet de mettre fin d'une part à l'application du statut négocié mis en cause par la restructuration, et d'autre part, à celle de l'ensemble des usages et engagements unilatéraux de son prédécesseur, à condition que l'accord contienne des clauses ayant le même objet. Le dialogue social, essentiel au déroulement d'une restructuration dans un contexte apaisé, permet d'unifier le statut collectif de l'ensemble du personnel de l'entreprise issue du transfert. Si le nouvel employeur doit respecter les usages et engagements unilatéraux de son prédécesseur, il peut mettre fin à leur application de manière relativement aisée, à l'instar du règlement intérieur en vigueur dans l'entité au moment du transfert dont les modalités légales de retrait ou de modification sont également peu contraignantes.

2 - La remise en cause du règlement intérieur en vigueur dans l'entité transférée.

Si le règlement intérieur en vigueur dans l'entité cédée est transféré avec elle, le nouvel employeur, une fois le transfert réalisé, peut le remettre en cause. En effet, dans la mesure où cet acte réglementaire contient des dispositions relatives au droit disciplinaire et aux conditions de santé et de sécurité dans l'entreprise, une restructuration peut imposer son adaptation. Ainsi, l'entité transférée peut être absorbée par une entreprise dont les spécificités impliquent des règles de sécurité drastiques, différentes de celles en vigueur dans l'entité reprise. De même, un changement d'activité impliquant un bouleversement des conditions relatives à la sécurité du personnel peut rendre indispensable le retrait ou la modification du règlement intérieur transféré. Surtout, le règlement intérieur étant un élément du statut collectif de l'entreprise, il peut être opportun que l'ensemble du personnel de l'entreprise issue de la restructuration soit soumis aux mêmes règles en matière de discipline, de santé et de sécurité. De nombreuses raisons peuvent donc amener le nouvel employeur à remettre en cause le règlement intérieur de l'entité qui lui a été transféré avec elle. Pour ce faire, il lui appartient de respecter les modalités définies par l'article L. 1321-4 du Code du travail qui prévoit un parallélisme des formes qu'il s'agisse de l'introduction, de la modification ou du retrait du règlement intérieur.

919. En application de ce texte, l'employeur doit informer et consulter les représentants du personnel sur les modifications ou le retrait du règlement intérieur projeté(es), en réunissant le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel et le

cas échéant le CHSCT sur les mesures relevant de sa compétence. Une fois opérées ces consultations relatives à son projet de retrait ou de modification du règlement intérieur de son prédécesseur, l'employeur est tenu de respecter les mêmes formalités de publicité et de dépôt que lors de l'instauration du règlement. Il se doit ainsi d'afficher le règlement intérieur modifié dans les différents lieux de travail et d'embauche afin que les salariés soient informés des nouvelles dispositions applicables en matière de santé, de sécurité et de discipline dans l'entreprise. Il doit également déposer le règlement intérieur modifié au greffe du conseil de prud'hommes dans le ressort duquel se situe l'établissement transféré ou l'entreprise, et le transmettre à l'inspecteur du travail, accompagné de l'avis des représentants du personnel, pour qu'il en contrôle la légalité¹. Une fois ces formalités accomplies, le retrait ou les modifications apportées au règlement intérieur par le nouvel employeur n'entreront en vigueur qu'à compter de la date fixée dans son projet et, en tout état de cause, pas avant qu'un délai d'un mois ne se soit écoulé après la réalisation de la dernière de ces formalités de dépôt et d'affichage².

Si la loi du 4 août 1982 a strictement encadré le contenu du règlement intérieur en limitant l'objet des clauses susceptibles d'y figurer, certains règlements antérieurs contiennent des dispositions étrangères à ce contenu limitatif qui ont alors valeur d'engagement unilatéral. Dans une telle hypothèse, l'accomplissement par l'employeur des formalités relatives au retrait ou à la modification du règlement intérieur ne saurait affecter ces normes. Si l'employeur veut remettre en cause les engagements unilatéraux pris par son prédécesseur dans le règlement intérieur qui lui a été transmis avec l'entité, il lui appartiendra de respecter la procédure de dénonciation propre à ses engagements³, ou de conclure un accord collectif ayant le même objet.

Ainsi, si le règlement intérieur en vigueur dans l'entité cédée est opposable au nouvel employeur, à l'instar des usages et engagements unilatéraux qui survivent eux aussi à la restructuration, la remise en cause du statut collectif non-négocié est relativement aisée. Le statut collectif non-négocié, à la différence des conventions et accords collectif de travail, n'est donc pas mis en cause par l'opération mais sa stabilité est relativement précaire.

A ce titre, l'extinction des droits issus des usages et engagements unilatéraux, consécutive à l'entrée en vigueur postérieure d'un accord collectif portant sur le même objet,

¹ Sur le contrôle administratif du règlement intérieur, V. art. L. 1322-1 et s., C. trav.

² Art. L. 1321-4, al. 2, C. trav.

³ Cass. soc., 10 mars 2004, Bull. civ. V, n° 76.

offre à l'employeur la faculté de régler le sort de l'ensemble du statut collectif des salariés repris, à l'exclusion des dispositions du règlement intérieur, en concluant un accord de substitution. Un tel accord permet en effet non seulement de mettre fin à l'application temporaire des conventions et accords collectifs mis en cause par la restructuration, et d'éviter ainsi la contractualisation des avantages individuels acquis, mais aussi de mettre fin l'application des usages et engagements unilatéraux de son prédécesseur, dès lors qu'il comporte des stipulations ayant le même objet.

Afin de préserver autant que faire se peut la situation collective des salariés en cas de restructuration, le droit social a donc instauré des mécanismes tendant à empêcher que l'opération n'entraîne la disparition brutale de leur statut collectif, négocié ou non. Dans le contexte souvent tendu par la mise en œuvre d'une restructuration, la négociation collective se présente comme un outil particulièrement approprié pour régler le sort des droits et avantages collectifs dont bénéficiaient les salariés avant l'opération, en permettant de surcroît d'unifier le statut collectif applicable à l'ensemble du personnel de l'entreprise issue de la réorganisation. Le droit social assure en outre un certain équilibre entre les parties à cette négociation puisque les syndicats peuvent « utiliser la menace » de la contractualisation des avantages individuels acquis issus du statut collectif mis en cause pour essayer d'obtenir au profit des salariés transférés le maintien d'un certain nombre de droits conventionnels, usuels ou résultant d'un engagement unilatéral, voire d'assurer une harmonisation « par le haut » du statut collectif applicable à l'ensemble du personnel de l'entreprise issue de la restructuration. Le dialogue social apparaît comme un instrument privilégié pour atténuer l'impact potentiellement néfaste d'une restructuration sur le statut collectif des salariés et présente en sus l'intérêt non négligeable de permettre d'élaborer les solutions les plus adaptées à la réalité économique et sociale de l'entreprise. L'ouverture d'une négociation antérieure, concomitante ou postérieure à la restructuration est susceptible de favoriser sa mise en œuvre dans un climat social relativement apaisé. Tel est particulièrement le cas lorsque la négociation est ouverte avant la restructuration puisque cette anticipation permet non seulement d'associer les organisations syndicales représentatives de l'entreprise d'accueil et celles de l'entité transférée, assurant ainsi la représentation de l'ensemble du personnel lors des discussions, mais aussi de « rassurer » les salariés sur le sort de leurs droits collectifs.

Le dialogue social permet ainsi de prendre en considération les problématiques propres à l'entreprise ou aux entreprises parties à l'opération, et notamment celles relatives au sort de des régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire qui soulèvent

des questions techniques particulièrement ardues. La négociation collective apparaît comme l'outil le mieux à même de régler le sort non seulement des normes collectives qui sont le support de ces régimes, mais aussi des droits des salariés qui en découlent, tant les dispositions légales sont lacunaires en la matière.

Section II : Le sort des régimes d'épargne salariale et de protection sociale complémentaire en cas de restructuration.

920. Les régimes d'épargne salariale et de protection sociale complémentaire constituent des éléments fondamentaux du statut collectif des salariés et de la politique sociale des entreprises. Les premiers offrent aux salariés un revenu complémentaire indexé sur les résultats de l'entreprise, susceptible d'être épargné à des conditions fiscales avantageuses, ce qui permet aux entreprises de renforcer l'implication des salariés, directement intéressés par ses performances, mais aussi de se constituer un « socle d'investisseurs » fidèle¹, particulièrement précieux dans une économie financiarisée, dans laquelle les capitaux sont extrêmement volatiles. Quant aux seconds, ils sont essentiels pour améliorer la couverture sociale des salariés et de leur famille en palliant les carences des régimes obligatoires de Sécurité sociale dont l'incomplétude, la modicité des prestations servies et le désengagement croissant, rendent particulièrement importante la mise en place de régimes de protection sociale complémentaire au niveau de l'entreprise. La nécessité d'assurer une meilleure couverture sociale aux salariés n'a d'ailleurs pas échappé aux partenaires sociaux qui ont décidé de généraliser la mise en place d'une couverture « frais de santé » au bénéfice de l'ensemble des salariés, généralisation consacrée par la loi du 14 juin 2013².

En dépit des enjeux économiques et financiers soulevés par le sort des régimes d'épargne salariale en cas de restructuration, mais aussi par celui des régimes de protection sociale complémentaire qui induisent de surcroît des enjeux sociaux et humains colossaux, le législateur ne s'est intéressé que très tardivement et de manière extrêmement lacunaire aux répercussions d'une restructuration sur ces régimes, et sur les droits des salariés qui en

¹ Nombre de revenus issus de l'épargne salariale sont en effet réinvestis dans l'entreprise.

² ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 1^{er} ; Loi n° 2013-504, du 13 juin 2013, préc.

découlent¹. Il aura ainsi fallu attendre 1994 pour que le législateur intervienne pour déterminer le sort des régimes de participation et d'intéressement², et 2005 pour qu'il se penche sur celui des plans d'épargne entreprise³, intervention qui s'est limitée à énoncer qu'en cas d'impossibilité de maintenir ces systèmes après une restructuration ils cessent de s'appliquer. Quant aux répercussions d'une restructuration sur la protection sociale complémentaire des salariés, elles ne sont l'objet d'aucune disposition légale spécifique. L'imprévision du législateur relative aux incidences des restructurations sur les régimes d'épargne salariale et de protection sociale complémentaire, fait de la négociation collective l'instrument privilégié pour régler le sort des droits des salariés issus de ces systèmes, en permettant aux partenaires sociaux de régler le sort de ces régimes en envisageant les solutions les plus adaptées aux spécificités des entreprises concernées. De ce point de vue, engager, en amont de la restructuration, une négociation entre employeur(s) et syndicats intéressés permet d'élaborer des solutions permettant d'assurer au mieux la préservation des droits des salariés, en prévoyant par exemple l'instauration d'un plan d'épargne salariale dans l'entreprise issue de l'opération qui pourra recueillir les créances des salariés au titre des régimes d'épargne salariale, ou de définir un régime d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire unifiant les anciens régimes en vigueur dans les différentes entités parties à l'opération.

Si le législateur est resté pour le moins discret sur le sort des régimes d'épargne salariale et de protection sociale complémentaire en cas de restructuration, les droits des salariés n'en sont pas moins protégés par le droit social. En effet, non seulement les régimes d'épargne salariale doivent être maintenus après une restructuration, sauf si elle rend leur poursuite impossible, mais de surcroît les salariés ne peuvent en aucun cas perdre le bénéfice des sommes qu'ils ont acquises au titre de ces régimes (Sous-section I). Par ailleurs, si le législateur n'a pas édicté de norme dédiée au sort des systèmes de protection sociale complémentaire des salariés, diverses dispositions assurent le maintien de certaines garanties ou prestations en cas de modification ou de suppression du régime, de rupture du contrat de travail ou du contrat d'assurance groupe, autant d'hypothèses susceptibles de résulter d'une restructuration, qui ne peut en aucun cas remettre en cause le droit des salariés à bénéficier du

¹ Sur le sujet, lire notamment P. Morvan, « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration », *Dr. soc.* 2006, p. 279.

² Loi n° 94-640 du 25 juil. 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, *JO* du 27 juil. 1994, p. 10832.

³ Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, *JO* du 27 juillet 2005, p. 12160.

régime de base de la Sécurité sociale ou des régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO (Sous-section II).

Sous-section I : Le sort de l'épargne salariale en cas de restructuration.

921. Parce qu'ils offrent aux salariés un revenu complémentaire bénéficiant, à certaines conditions, d'un régime social et fiscal particulièrement avantageux et qu'ils permettent aux entreprises non seulement de constituer un « groupe d'investisseurs fidèle » essentiel face à la financiarisation de l'économie, mais aussi d'accroître la motivation des salariés directement intéressés aux résultats de l'entreprise, les régimes d'épargne salariale connaissent un véritable succès. Bien qu'à la différence des plans d'épargne, ils ne constituent pas à proprement parler des dispositifs d'épargne salariale, les systèmes d'intéressement et de participation sont souvent englobés dans ce vocable par commodité de langage¹, mais aussi parce les revenus issus de ces systèmes sont souvent placés dans des plans d'épargne salariale.

Dans la mesure où les systèmes d'épargne salariale sont mis en place par accord collectif, accord conclu avec le comité d'entreprise, accord référendaire approuvé par les deux tiers des salariés ou, pour les seuls plans d'épargne salariale, par décision unilatérale de l'employeur, la réalisation d'une restructuration peut avoir des conséquences sur les régimes d'épargne salariale. Si le droit social essaye d'amoindrir l'impact d'une restructuration sur ces régimes, il n'est pas rare qu'elle rende impossible leur maintien (§ 1). Toutefois, le droit social assure, en toute hypothèse, la préservation des sommes acquises par les salariés au titre des divers systèmes d'épargne salariale (§ 2).

¹ Par commodité de langage nous emploierons également l'expression « épargne salariale » à propos des plans d'épargne naturellement, mais aussi des systèmes d'intéressement aux résultats ou aux performances de l'entreprise et de participation qui relèvent pourtant de moins en moins du concept de l'épargne puisque depuis 2008 (Loi n° 2008-1258 du 3 déc. 2008 en faveur des revenus du travail, JORF du 4 déc. 2008, p. 18488) les salariés peuvent demander le versement immédiat des sommes acquises au titre de la réserve spéciale de participation (art. L. 3324-10 C. trav.).

§ 1 - Le sort des régimes d'épargne salariale en cas de restructuration.

922. Une restructuration peut affecter les régimes d'épargne salariale dont bénéficient les salariés. À ce titre, dans la mesure où l'instauration d'un régime de participation est obligatoire dans les entreprises de cinquante salariés au moins, une cession partielle, une scission ou un licenciement collectif massif peuvent ramener l'effectif en dessous de ce seuil et ainsi autoriser la suppression du régime, ou au contraire entraîner le franchissement de ce seuil du fait de la fusion de deux entreprises et imposer la mise en place d'un système de participation (A). Au-delà des effets de seuils, une restructuration peut rendre impossible le maintien du système d'épargne salariale jusqu'alors en vigueur ou rendre indispensable son adaptation pour prendre en compte les paramètres de la situation de l'entreprise issue de l'opération (B). Enfin, les régimes d'épargne salariale pouvant être institués par un accord de branche ou de groupe, une restructuration est susceptible d'affecter l'application des systèmes d'épargne salariale définis à un niveau supérieur à l'entreprise (C).

A - Régime de participation et variations d'effectif consécutives à une restructuration.

923. Nombre de restructurations, qu'il s'agisse de cessions, fusions, scissions, externalisations, grands licenciements collectifs, etc., ont des répercussions sur l'effectif de l'entreprise. Or l'article L. 3322-2 du Code du travail impose aux entreprises et UES employant habituellement au moins cinquante de garantir à leurs salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Cette participation « *prend la forme d'une participation financière à effet différé calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise constituant la réserve spéciale de participation* »¹. Les variations d'effectif à la hausse ou à la baisse résultant d'une restructuration peuvent ainsi rendre impérative la mise en place un système de participation ou, à l'inverse, mettre fin à l'obligation de constituer une réserve spéciale de participation. Afin de préserver la situation des salariés et d'atténuer l'impact d'une restructuration sur le droit à participation des salariés aux résultats de l'entreprise, le droit

¹ Art. L. 3322-1, al. 2, C. trav.

social prévoit que lorsqu'une telle opération réduit les effectifs en deçà de cinquante salariés, elle n'entraîne pas pour autant la suppression automatique du régime de participation.

924. Sort du régime de participation en cas de restructuration réduisant l'effectif à moins de cinquante salariés. Si, après une compression d'effectifs, une cession partielle ou une scission, l'entreprise issue de la restructuration emploie moins de cinquante salariés pendant au moins six mois, consécutifs ou non, au cours d'un exercice, elle est dispensée de constituer une réserve spéciale de participation, pour cet exercice. Une restructuration est donc susceptible de priver les salariés du bénéfice du régime de participation étant précisé que la suppression du système de participation n'est pas automatique. D'une part, l'entreprise peut tout à fait continuer à verser à titre volontaire une participation à ses salariés en dépit de la réduction de son effectif en dessous du seuil de cinquante salariés¹. D'autre part, pour que la réduction des effectifs en deçà de cinquante salariés pendant au moins six mois, consécutifs ou non libère, l'employeur de l'obligation de constituer une réserve spéciale de participation, il est indispensable que l'accord de participation prévoie cette possibilité. Ainsi, si l'accord collectif, atypique ou référendaire ayant instauré le système de participation ne contient pas de clause de suspension ou de caducité en cas de réduction des effectifs, l'employeur devra poursuivre l'application de l'accord, sauf à le dénoncer².

Aux termes de la circulaire du 14 septembre 2005, seuls les accords de participation conclus pour une durée indéterminée peuvent prévoir la suspension de l'accord en cas de réduction des effectifs en dessous du seuil de cinquante salariés³. Toutefois, la Cour de cassation décide pour sa part que des accords de participation à durée déterminée peuvent valablement prévoir par une clause particulière qu'ils ne s'appliqueront pas en cas d'abaissement des effectifs de l'entreprise en dessous de ce seuil⁴. Si le régime de participation en vigueur dans l'entreprise a été mis en place par un accord prévoyant la suspension de son application en cas de réduction des effectifs en deçà de cinquante salariés, la mise en œuvre de cette clause doit faire l'objet d'une information des salariés et de l'Administration du travail afin que celle-ci s'assure de la réalité de la baisse des effectifs. Une fois ces formalités accomplies, l'application de l'accord est donc suspendue empêchant

¹ Art. L. 3323-6 C. trav.

² Sur les modalités de dénonciation, V. G. BORDIER, Fasc. préc. ; H. OUAISSI, th. préc. p. 227 et s.

³ Circ. 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale, NOR: SOCX0508715C, JORF du 1^{er} nov. 2005, p. 17179 ; JCP S 2005, act. 242 M. FAVIER.

⁴ Cass. soc., 18 sept. 2002, Bull. civ. V, n° 271.

ainsi la constitution de nouveaux droits à participation pour les salariés, sans pouvoir en revanche remettre en cause les droits déjà constitués.

Par ailleurs, l'accord de participation peut également contenir des clauses résolutoires ou des clauses de caducité prévoyant que la survenance d'un évènement, tel que la réduction des effectifs en dessous de cinquante salariés, met fin à l'application de l'accord. Ces clauses, ne sont valables qu'à la stricte condition que les événements de nature à mettre fin à l'application du régime de participation soient indépendants à la volonté des parties. Toutefois, aux termes de la circulaire du 14 septembre 2005 ces clauses ne peuvent produire effet que par la dénonciation régulière de l'accord¹. Ainsi, les parties à l'accord de participation peuvent en réalité seulement prévoir certaines causes pour dénoncer leur engagement.

925. Restructuration entraînant le franchissement du seuil de cinquante salariés.

Lorsqu'après une fusion, une absorption ou encore la prise en location gérance de certaines activités, l'entreprise issue de la restructuration emploie habituellement au moins cinquante salariés pendant six mois consécutifs ou non au cours d'un exercice, l'entreprise doit constituer une réserve spéciale de participation au titre de cet exercice. Dans ces circonstances, il appartient à l'employeur d'instaurer un système de participation en concluant un accord avec les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, avec le comité d'entreprise ou un accord référendaire ratifié à la majorité des deux tiers du personnel². Si, un an après la clôture de l'exercice au cours duquel est né le droit à participation des salariés, aucun accord n'a été conclu afin d'instaurer un système de participation dans l'entreprise issue de la restructuration, l'inspecteur du travail constate cette situation et le régime légal d'autorité s'applique³. L'absence de constat de l'inspecteur du travail dans le délai précité ne prive pas les salariés de la possibilité de saisir le juge d'une demande d'application du régime légal⁴.

Toutefois, si un accord d'intéressement est déjà en vigueur dans l'entreprise issue de la restructuration, l'employeur ne sera tenu de mettre en place un régime de participation qu'à

¹ Circ. 14 sept. 2005, préc.

² Art. L. 3322-6 C. trav. Pour des développements sur les différents supports du régime de participation et les conditions de validité, V. G. BORDIER, *Participation aux résultats*, J.-Cl. travail traité, Fasc. 27-20 ; H. OUAÏSSI, th. préc.

³ Art. L. 3323-5 C. trav.

⁴ Cass. soc., 13 sept. 2005, D. 2005, IR 2411 ; Dr. soc. 2005, p. 1051, obs. J. SAVATIER.

l'expiration de l'accord d'intéressement¹. Par ailleurs, l'article L. 3322-5 du Code du travail selon lequel « *dans les entreprises nouvelles dont la création ne résulte pas d'une fusion, totale ou partielle, d'entreprises préexistantes, les accords de participation sont conclus à partir du troisième exercice clos après leur création* », ne s'applique pas aux entreprises issues d'une restructuration. En effet, si ce texte ne vise que les entreprises issues d'une fusion, « *l'acquisition [d'une] entreprise par une entité juridique nouvelle créée à cet effet, qui n'a pas interrompu l'activité poursuivie avec les mêmes moyens humains et matériels, ne peut avoir pour conséquence de lui conférer le statut de société nouvelle au sens de l'article [L. 3322-5] et lui faire bénéficier de l'exonération du régime de la participation qui ne profite qu'aux entreprises créées ex nihilo* »². L'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, imposant le maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur, est ainsi exclusive de celle de l'article L. 3322-5 dudit code.

Le droit social essaye donc de préserver le droit des salariés à participer aux résultats de l'entreprise, en évitant qu'une restructuration puisse permettre à l'employeur d'éluder l'obligation de constituer une réserve spéciale de participation lorsqu'il restructure son entreprise et que celle-ci continue à employer au moins cinquante salariés. De même, la réduction de l'effectif en dessous de ce seuil n'entraîne pas la suppression automatique du régime de participation. De surcroît, afin d'atténuer l'impact des restructurations sur les systèmes d'épargne salariale, le droit social impose leur maintien après la restructuration, sauf si celle-ci rend impossible l'application de l'accord d'intéressement, de participation ou la poursuite du plan d'épargne salariale.

¹ Art. L. 3322-3 C. trav.

² CA Versailles, 29 nov. 2001, n° 00/08466, Bull. Joly. Soc. 2002, n° 3, p. 341, note G. BARANGER.

B - Le maintien des régimes d'épargne salariale sauf impossibilité d'en poursuivre l'application après la restructuration.

Les régimes d'épargne salariale peuvent être mis en place par le truchement de divers supports juridiques : accord collectif de travail à proprement parler, accords atypiques conclus avec le comité d'entreprise ou ratifiés par la majorité des deux tiers des salariés assimilés à des engagements unilatéraux, ou s'agissant uniquement des plans d'épargne salariale, par décision unilatérale. Ces diverses sources juridiques sont affectées différemment par la réalisation d'une restructuration : les accords collectifs sont susceptibles d'être mis en cause en application de l'article L. 2261-14 du Code du travail, alors que les engagements unilatéraux sont transmis au nouvel employeur. Le droit commun du sort du statut collectif en cas de restructuration étant difficilement transposable aux systèmes d'épargne salariale, le législateur a prévu que, lorsqu'après la restructuration, il est impossible de maintenir le régime, la norme ayant instauré le régime d'intéressement, de participation ou le plan d'épargne cesse immédiatement de s'appliquer (1). En revanche, lorsque le système d'épargne salariale peut matériellement être appliqué dans l'entreprise issue de la restructuration, il a vocation à être maintenu, ce qui en pratique impose le plus souvent une modification conventionnelle du régime, afin de l'adapter à la nouvelle collectivité de travail (2).

1 - La cessation immédiate du régime d'épargne salariale en cas d'impossible application après le transfert.

926. Impossibilité de maintenir le régime d'épargne salariale après la restructuration. Pragmatique, le législateur a prévu que lorsqu'une restructuration « *rend impossible* » l'application de l'accord d'intéressement ou de participation, il cesse de produire effet entre le nouvel employeur et les salariés de l'entreprise. En l'absence d'accord d'intéressement ou de participation applicable dans la nouvelle entreprise, celle-ci engage dans un délai de six mois une négociation en vue de la conclusion éventuelle d'un nouvel accord¹. De même, « *en cas de modification survenue dans la situation juridique d'une entreprise ayant mis en place un plan d'épargne d'entreprise, notamment par fusion, cession,*

¹ Art. L. 3323-8 (participation) et L. 3313-4 (intéressement), C. trav.

absorption ou scission, rendant impossible la poursuite de l'ancien plan d'épargne, les sommes qui y étaient affectées peuvent être transférées dans le plan d'épargne de la nouvelle entreprise, après information des représentants du personnel dans des conditions prévues par décret. »¹.

Si le législateur se contente d'énoncer qu'en cas d'impossible application du régime d'épargne salariale après la restructuration celui-ci cesse de s'appliquer, sans aucunement expliciter la notion « d'impossible application », la circulaire du 14 septembre 2005 apporte quelques précisions sur les conditions dans lesquelles une telle opération rend impossible la poursuite des systèmes d'épargne salariale préexistants. Aux termes de cette circulaire, seule une impossibilité objective, indépendant de la volonté de l'employeur, est susceptible d'entraîner la cessation immédiate de l'application de l'accord d'intéressement ou de participation. Cette impossibilité « *doit résulter de modifications dans la structure juridique, technique ou financière de l'entreprise telles qu'elles rendraient inopérantes les dispositions de ces accords* »². Ainsi, une fois la restructuration réalisée, s'il devient impossible d'identifier dans la nouvelle structure les éléments sur lesquels se fonde la formule de calcul de l'intéressement ou de la réserve spéciale de participation, l'accord instaurant le régime prend automatiquement fin. L'impossibilité d'appliquer l'accord instaurant un régime d'épargne salariale doit donc être appréciée *in concreto* par les juges du fond, souverains en la matière³. À ce titre, la réalisation d'une fusion-absorption impliquant la confusion des comptes des sociétés concernées par l'opération, l'accord de participation ou d'intéressement de la société absorbée cessera vraisemblablement de recevoir application au profit des salariés repris. Il en va de même en cas de cession partielle ou de regroupement d'activités puisque les résultats des entités se trouvent le plus souvent confondus, rendant dès lors impossible le calcul de la réserve spéciale de participation ou de l'intéressement, selon les modalités prévues par l'accord conclu au sein de l'entité cédée⁴.

À l'inverse, les opérations de filialisation impliquant le transfert d'une activité de l'entreprise à une société créée pour l'occasion, ou encore les scissions, devraient permettre la poursuite de l'application de l'accord d'épargne salariale d'origine, les éléments de la formule

¹ Art. L. 3335-1, C. trav.

² Circ. 14 sept. 2005, préc.

³ Cass. soc., 13 mai 2003, Bull. civ. V, n° 159, à propos d'un accord d'intéressement.

⁴ En ce sens, T. SALOME et G. BORDIER, « Restructurations juridiques et épargne salariale : mesurer et anticiper les conséquences de ces opérations », Cahiers de droit de l'entreprise 2010, n° 5, dossier 26 ; G. JOLIVET et H. OUAÏSSI, « Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise », JCP S 2007, 1466.

de calcul étant *a priori* susceptibles d'être identifiés dans les nouvelles entités¹. Toutefois, il est relativement fréquent que les accords d'intéressement prennent en considération les résultats ou performances des diverses activités de l'entreprise, qui une fois additionnés permettent de déterminer la masse globale d'intéressement à répartir. Or, si le périmètre de calcul de l'intéressement est remis en cause par la scission de l'entreprise, l'accord d'origine ne pourra continuer à recevoir application.

927. Transfert d'entreprise du privé vers le public. Les dispositions légales relatives à l'intéressement ont vocation à s'appliquer dans les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), ainsi que dans les établissements publics à caractère administratif (EPA), employant des salariés de droit privé, à l'exclusion de ceux qui n'emploient que des agents de droit public². Ainsi, le transfert d'une entreprise du privé vers un EPIC ou un EPA n'emporte pas automatiquement impossibilité d'appliquer l'accord d'intéressement. En revanche une telle impossibilité est caractérisée en cas de transfert vers un EPA n'employant que des agents de droit public, impliquant ainsi la cessation immédiate de l'application de l'accord d'intéressement. Les dispositions relatives à la participation sont quant à elles applicables aux seuls EPIC et sociétés ou autres personnes morales visés par un décret pris en Conseil d'État, dont l'État détient la moitié du capital³. Ainsi, tout transfert vers une entreprise ou un établissement publics qui n'est pas visé par ce décret, rend impossible l'application du régime de participation dont bénéficiaient jusqu'alors les salariés.

928. Préexistence d'un système d'épargne salariale chez le nouvel employeur. S'il existait un système de participation ou un plan d'épargne entreprise au sein de l'entreprise d'accueil avant la réalisation de la restructuration, l'application de l'accord de participation de l'entreprise cédée ou le maintien du plan d'épargne en vigueur chez le cédant sont *de jure* impossibles. En effet, deux réserves spéciales de participation ou de deux plans d'épargne entreprise ne peuvent coexister au sein de la même entreprise. S'il existe dans l'entreprise absorbante un système de participation ou un plan d'épargne, ces régimes seront immédiatement applicables aux salariés repris. Les avoirs présents dans le plan d'épargne en vigueur chez le cédant seront transférés sur le plan d'épargne du nouvel employeur ; l'accord

¹ En ce sens, T. SALOME et G. BORDIER, art. préc.

² Art. L. 3311-1 C. trav.

³ Art. L. 3321-1 C. trav.

de participation en vigueur chez le cédant cessera quant à lui de s'appliquer, les salariés repris bénéficiant immédiatement de l'accord de participation en vigueur dans l'entreprise d'accueil.

En revanche, rien n'interdit la coexistence de plusieurs systèmes d'intéressement dans une même entreprise. Il est ainsi possible d'instaurer un système d'intéressement au niveau des différents établissements, auquel s'ajoute un régime d'intéressement aux performances ou aux résultats de l'entreprise dans son ensemble. Ainsi, la préexistence d'un système d'intéressement chez le nouvel employeur n'emporte pas obligatoirement impossibilité de maintenir au profit des salariés repris le bénéfice de leur système d'origine, sous réserve toutefois que l'entité reprise conserve son autonomie après la restructuration et constitue un établissement distinct.

En tout état de cause, les salariés repris doivent bénéficier du système d'épargne salariale en vigueur chez leur nouvel employeur à la date de la restructuration. Les salariés transférés ne peuvent renoncer au bénéfice de l'accord d'intéressement en vigueur chez le cessionnaire, car cela contreviendrait au caractère collectif de l'intéressement¹. Le nouvel employeur ne peut à ce titre invoquer le nécessaire respect du principe « à travail égal salaire égal » pour justifier la renonciation des salariés repris au bénéfice de l'accord d'intéressement en vigueur dans son entreprise².

930. Conséquence de l'impossible application du régime d'épargne salariale d'origine. Si la restructuration rend impossible l'application de l'accord de participation ou d'intéressement ou la poursuite du plan d'épargne salariale, ce(s) régime(s) cesse(nt) de s'appliquer de plein droit. L'employeur n'a pas à dénoncer l'accord les instaurant³. Les salariés perdent *de jure* le bénéfice de leur régime d'épargne salariale d'origine, sans pour autant perdre les créances acquises sur son fondement avant le transfert.

Par ailleurs, s'il n'existe aucun système de participation ou d'intéressement dans l'entreprise issue de la restructuration et qu'il est impossible de maintenir au profit des salariés repris le système d'origine, l'employeur est tenu d'engager des négociations afin de pallier ce vide conventionnel⁴. Ainsi, dans les six mois suivant la clôture de l'exercice au cours duquel a été constatée l'impossibilité d'appliquer l'accord de participation, et dans les six mois suivant la réalisation de la restructuration ayant rendu impossible le maintien du

¹ Cass. 2^{ème} civ., 12 mars 2009, JCP S 2009, 1453, obs. R. VATINET

² Cass. 2^{ème} civ., 12 mars 2009, préc.

³ CA Versailles, 7 fév. 2002, RJS 7/02, n° 862.

⁴ Art. L. 3313-4 (intéressement) et L. 3323-8 (participation) C. trav.

régime d'intéressement, des négociations destinées à instaurer un nouveau régime d'épargne salariale doivent être ouvertes dans l'entreprise. Le législateur a simplement instauré une obligation de négocier, non une obligation de conclure un accord de participation ou d'intéressement. Toutefois, si l'entreprise remplit la condition d'effectif imposant la mise en place d'un régime de participation, l'échec des négociations entraînera l'application du régime d'autorité.

Si l'impossible maintien du régime d'épargne salariale dont bénéficiaient les salariés avant la restructuration se traduit fort logiquement par la fin de son application, en revanche, dès lors qu'il est possible de continuer à l'appliquer par-delà l'opération, les salariés doivent en bénéficier, étant précisé qu'en pratique une adaptation conventionnelle du régime sera le plus souvent indispensable.

2 - Le maintien des régimes d'épargne salariale par-delà la restructuration.

931. Afin de préserver les systèmes d'épargne salariale dont bénéficient les salariés, le droit social prévoit leur maintien après la restructuration, lorsqu'elle ne le rend pas impossible. Ainsi, lorsqu'en dépit de la restructuration la poursuite du régime d'origine est possible, la circulaire du 14 septembre 2005 recommande que soit conclu au niveau de l'entreprise un « *avenant/constat* », déposé à la DIRECCTE, prévoyant que l'accord d'épargne salariale conclu dans l'entreprise d'origine continue à recevoir application dans l'entreprise issue de l'opération¹. Toutefois, il est relativement fréquent que le maintien du régime d'épargne salariale instauré dans une entreprise avant une restructuration doive être adapté aux nouvelles conditions d'exploitation, même si son application n'est pas rendue impossible par l'opération. Ainsi, en cas de transfert d'entreprise, si l'accord d'origine peut être appliqué dans l'entreprise cessionnaire, le nouvel employeur sera le plus souvent obligé de refondre le système de son prédécesseur afin d'en faire bénéficier l'ensemble de son personnel ou d'harmoniser les différents régimes d'intéressement dans l'entreprise². En effet, si après le transfert l'accord d'intéressement en vigueur chez le cédant reste applicable aux salariés repris, il ne bénéficie qu'à ces derniers, la restructuration n'ayant pas pour effet de

¹ Circ. du 14 sept. 2005, préc.

² En ce sens, H. OUAISSI, th. préc.

modifier le champ d'application de l'accord. De même, si les éléments retenus par l'accord d'origine pour calculer la réserve de participation ou l'intéressement peuvent être identifiés dans l'entreprise issue de la restructuration, permettant ainsi le maintien du système d'épargne salariale, il peut s'avérer nécessaire d'adapter ces éléments aux nouvelles conditions d'exploitation de l'entreprise restructurée.

L'article D. 3313-5 du Code du travail dispose qu'un accord d'intéressement ne peut être modifié et dénoncé que par l'ensemble des signataires initiaux. L'employeur ne peut donc décider seul d'adapter l'accord d'intéressement initial aux nouvelles conditions d'exploitation de l'entreprise restructurée. L'avenant modifiant l'accord ou la dénonciation doivent être notifiés à la DIRECCTE dans un délai de quinze jours¹. Par ailleurs, dans la mesure où l'intéressement doit avoir un caractère aléatoire, les parties ne peuvent dénoncer l'accord d'intéressement ou le modifier alors que les résultats sont connus ou prévisibles. Ainsi, la dénonciation ou la modification de l'accord d'intéressement ne peut intervenir qu'au cours des six premiers mois de la période de calcul. Si le Code du travail impose l'unanimité des signataires et le respect du parallélisme des formes pour la modification ou la dénonciation d'un accord d'intéressement, tel n'est pas le cas en matière de participation.

L'article D. 3323-8 du Code du travail prévoit ainsi que l'accord de participation peut être dénoncé unilatéralement. Si le Code du travail est silencieux sur les modalités de modification d'un accord de participation, plusieurs auteurs recommandent le respect du parallélisme des formes pour conclure un avenant de modification². En tout état de cause, la dénonciation ou la modification du régime de participation devront faire l'objet d'une notification à la DIRECCTE qui s'assurera notamment qu'elle ne porte pas atteinte au caractère aléatoire de la participation³. À ce titre, dénonciation de l'accord et conclusion d'un avenant modifiant l'accord de participation initial ne peuvent intervenir une fois les résultats connus ou prévisibles, c'est-à-dire après le sixième mois de l'exercice. Toute dénonciation ou modification ultérieure est considérée comme un détournement de l'accord. La Cour de cassation estime à ce titre que les exonérations ne peuvent bénéficier qu'aux seules sommes calculées en application de l'accord initial⁴.

Les problématiques induites par le sort des régimes d'épargne salariale en cas de restructuration n'étant pas réellement réglées par le législateur, les conséquences d'une telle

¹ Art. D. 3313-6 et D. 3313-7 C. trav.

² En ce sens, T. SALOME et G. BORDIER, art. préc. ; H. OUAISSI, th. préc.

³ Circ. 14 sept. 2005, art. D. 3323-8 C. trav.

⁴ Cass. soc., 19 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 510 ; RJS 199, n° 82.

opération sur les systèmes dont bénéficient les salariés sont le plus souvent appréhendées par voie conventionnelle, ce qui permet une adaptation des régimes aux spécificités de l'entreprise restructurée¹. En tout état de cause, afin de préserver les droits des salariés, le droit social prévoit le maintien des régimes d'épargne salariale après une restructuration, sauf si celle-ci rend matériellement et objectivement impossible l'application de l'accord d'épargne salariale. Dans cette hypothèse, le régime cesse immédiatement de s'appliquer aux salariés qui bénéficient en toutes circonstances des systèmes d'épargne salariale en vigueur chez le nouvel employeur. Outre les régimes d'épargne salariale instaurés au niveau de l'entreprise, une restructuration peut également affecter les systèmes instaurés à un niveau supérieur à l'entreprise.

C – Le sort des systèmes d'épargne salariale d'entreprise en cas de restructuration affectant l'application d'une norme conventionnelle de niveau supérieur.

932. Restructurations et régimes d'épargne salariale instaurés au niveau de la branche. Un accord de branche peut instaurer un régime de participation, un plan d'épargne interentreprises ou un régime d'intéressement². Ainsi, si la restructuration affecte l'application des accords de branche dans l'entreprise objet de l'opération, il est possible que les régimes d'épargne salariale soient remis en cause par la sortie ou l'entrée de l'entreprise dans le périmètre d'un accord de branche instituant de tels systèmes. Certains accords de branche définissent le cadre général du système d'épargne salariale, en laissant le soin aux partenaires sociaux au niveau de l'entreprise d'en définir les modalités d'application, pour leur permettre de l'adapter au mieux aux spécificités de l'entreprise.

S'il existe dans l'entreprise objet de la restructuration un accord d'épargne salariale qui ne serait pas conforme aux dispositions de l'accord de branche dont elle relève une fois l'opération réalisée, il peut être nécessaire d'adapter les dispositions relatives au régime d'épargne salariale pour les mettre en conformité avec l'accord de branche³. En effet, si l'accord de branche nouvellement applicable dans l'entreprise restructurée prohibe les

¹ En ce sens, H. OUAISSI, th. préc.

² Art. L. 3322-9 (participation, plan d'épargne interentreprises) et L. 3312-8 (intéressement), C. trav.

³ Art. L. 2253-2 C. trav. Toutefois, en application de l'article L. 2253-3 du Code du travail, l'adaptation des dispositions en vigueur dans l'entreprise ne sera toutefois pas nécessaire dès lors que l'accord de branche ne prohibe pas les dérogations en matière d'épargne salariale.

déroptions au niveau de l'entreprise en matière d'épargne salariale, et que le(s) régime(s) d'épargne salariale en vigueur dans l'entreprise au jour de la restructuration ne sont pas conformes aux stipulations de l'accord de branche, les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise devront réviser l'accord ou de le dénoncer, afin de le mettre en conformité avec les dispositions de l'accord de branche.

Par ailleurs, lorsqu'un accord de branche instaure un régime d'intéressement à titre obligatoire ou subsidiaire, ou un régime de participation, et qu'il ouvre des choix aux parties signataires au niveau de l'entreprise, ces dernières devront conclure un accord qui ne peut comporter que les clauses résultant de ces choix¹. À l'inverse lorsque l'accord de branche n'ouvre aucun choix aux partenaires sociaux au niveau de l'entreprise, l'adhésion au dispositif conventionnel mis en place au niveau de la branche donnera lieu à une simple notification à la DIRECCTE².

En tout état de cause, si l'existence de l'accord de branche instaurant un régime d'épargne salariale rend impossible l'application des accords préexistants dans l'entreprise ces derniers cesseront immédiatement de s'appliquer, et les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise devront ouvrir des négociations pour instaurer un nouveau régime d'épargne salariale conforme aux dispositions de l'accord de branche.

933. Restructurations et régimes d'épargne salariale instaurés au niveau du groupe.
Si les opérations de cession de contrôle ne constituent pas des modifications dans la situation juridique de l'employeur au sens des articles L. 1224-1, L. 3313-4, L. 3323-8 et L. 3335-1 du Code du travail, il n'en reste pas moins qu'elles peuvent affecter les régimes d'épargne salariale dont bénéficient les salariés lorsqu'elles entraînent l'entrée ou la sortie de leur entreprise d'un groupe au niveau duquel ont été instaurés un ou plusieurs systèmes d'épargne salariale. En effet, le Code du travail prévoit la possibilité de mettre en place l'intéressement, la participation ou un plan d'épargne « *au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques* »³. La circulaire du 14 septembre 2005 précise que ces liens financiers et économiques doivent avoir une certaine importance et stabilité dans le temps⁴. Dans la mesure où le champ d'application de l'accord de groupe n'est pas légalement défini, il appartient aux

¹ Art. 3313-2 C. trav. pour l'intéressement, et D. 3323-2 C. trav. pour la participation.

² Art. 3313-2 C. trav. pour l'intéressement, et D. 3323-2 C. trav. pour la participation.

³ Art. L. 3344-1 C. trav.

⁴ Circ. du 14 sept. 2005, préc.

partenaires sociaux lors de sa conclusion de le déterminer soit en dressant la liste des entreprises dans lesquelles il a vocation à s'appliquer, soit en définissant les conditions qu'une entreprise doit remplir pour y être soumise. À ce titre, nombre d'accords d'épargne salariale conclus au niveau d'un groupe subordonnent leur application aux entreprises dont une part significative du capital, le plus souvent 50 %, est détenue par la société mère, à l'instar notamment des accords d'épargne salariale conclus dans le groupe Rhodia¹.

934. *Entrée d'une entreprise dans un groupe.* *A priori* en cas d'entrée d'une nouvelle société dans le groupe, la modification du champ d'application de l'accord de groupe devrait en principe donner lieu à la conclusion d'un avenant signé par l'ensemble des signataires initiaux. Toutefois, comme le préconise la circulaire du 14 septembre 2005, il est possible que les signataires de l'accord de groupe prévoient une clause d'adhésion de plein droit des nouvelles entreprises remplissant les conditions prévues par l'accord instaurant un régime d'épargne salariale. En présence d'une telle clause, seule l'entreprise entrante devra conclure un avenant à l'accord afin d'entériner sa volonté de s'y soumettre.

Si l'intégration de l'entreprise dans le périmètre de l'accord de groupe rend impossible l'application de l'accord d'épargne salariale préexistant au niveau de l'entreprise, il cessera immédiatement de s'appliquer. Il en va ainsi des accords de participation puisque la coexistence de deux réserves spéciales de participation est prohibée. En revanche, un éventuel accord d'intéressement conclu au niveau de l'entreprise peut continuer à s'appliquer si les éléments de la formule de calcul sont toujours susceptibles d'être identifiés en dépit de l'entrée de l'entreprise dans le groupe. Toutefois, afin d'éviter les problématiques relatives au cumul d'un intéressement de groupe et d'entreprise, l'accord de groupe peut prévoir qu'il ne s'appliquera dans les entreprises entrantes dotées d'un système d'intéressement qu'à l'échéance du terme de l'accord support du régime d'intéressement, à l'instar des stipulations de l'accord d'intéressement conclu au sein du groupe Rhodia². En tout état de cause, afin de respecter le caractère aléatoire de l'intéressement et de la participation, l'avenant d'adhésion à l'accord d'intéressement ou de participation du groupe devra être conclu avant que les résultats ne soient connus ou prévisibles, c'est-à-dire dans les six premiers mois de l'exercice.

¹ Accord d'intéressement conclu le 30 juin 2005 entre la direction de Rhodia et la CFDT, la CFE-CGC, la CFTC et FO ; Accord d'intéressement conclu le 16 juin 2008 entre la direction de Rhodia et la CFDT, la CFE-CGC, la CFTC et FO, non publiés ; Accord sur le plan d'épargne entreprise du groupe conclu le 6 mars 2008 entre la direction de Rhodia et la CFE-CGC et la CFTC, non publié.

² Accord d'intéressement Rhodia, préc.

935. Sortie d'une entreprise du groupe. Afin d'éviter la conclusion d'un avenant à l'accord de groupe par l'ensemble des signataires initiaux pour entériner la modification de son champ d'application résultant de la sortie d'une entreprise du groupe, l'accord peut fixer les conditions dans lesquelles le dispositif d'épargne salariale de groupe cesse de s'appliquer dans une entreprise sortant du groupe à la suite d'une restructuration. Ainsi, les accords d'intéressement et de plan d'épargne groupe conclus au sein du groupe Rhodia prévoient que si la société-mère cesse de détenir la majorité du capital et des droits de vote de l'une des sociétés jusqu'alors membre du groupe, les accords cessent de s'y appliquer¹. Lorsque l'accord d'épargne salariale instauré au niveau du groupe détermine les conditions dans lesquelles il cesse de s'appliquer dans une entreprise quittant le groupe, la circulaire du 14 septembre 2005 recommande la notification de cette sortie à la DIRECCTE ainsi qu'aux partenaires sociaux². Si une restructuration entraîne la sortie d'une entreprise du groupe, les salariés perdent donc le bénéfice des régimes d'épargne salariale instaurés au niveau du groupe à compter de la restructuration, sans pour autant que leurs droits acquis grâce aux systèmes d'épargne salariale de groupe ne puissent être remis en cause.

Les restructurations sont donc susceptibles d'affecter l'application des régimes d'épargne salariale dont bénéficiaient les salariés avant la réalisation de l'opération. Le législateur s'est montré relativement peu disert sur le sort des systèmes d'épargne salariale en cas de restructuration, se contentant d'énoncer que lorsque leur survie est impossible ils cessent de s'appliquer. Cela s'explique sans doute parce qu'eu égard aux problématiques pratiques soulevées par cette question, la voie conventionnelle soit privilégiée pour déterminer le sort des régimes d'épargne salariale afin de prendre en considération les spécificités de l'entreprise³. En tout état de cause, dans le souci de protéger la situation financière des salariés par-delà la restructuration de leur entreprise, le droit social assure la préservation des créances acquises au titre de l'épargne salariale.

§ 2 - Préservation de la créance des salariés au titre de l'épargne salariale par-delà la restructuration.

¹ Accords *Rhodia* sur l'intéressement et le plan d'épargne salariale, préc.

² Circ. 14 sept. 2005, préc.

³ En ce sens, notamment H. OUAISSI, th. et art. préc.

936. Restructuration et calcul des droits. Si la restructuration de l'entreprise peut entraîner la cessation de l'application de l'accord d'intéressement, de participation ou du plan d'épargne, elle n'emporte pas pour autant remise en cause des droits acquis par les salariés au jour de l'opération. En cas de transfert par exemple, si l'accord d'épargne salariale ne peut continuer à s'appliquer chez le cessionnaire, les salariés transférés acquièrent toutefois des droits au titre de l'intéressement ou de la participation calculés sur la base des résultats ou des performances de l'entreprise cédante, au titre de l'exercice au cours duquel la restructuration a eu lieu. Le calcul des droits individuels étant le plus fréquemment fondé sur la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice, les salariés repris bénéficient de droits calculés au *prorata* de leur durée de présence, ou des salaires perçus avant la date du transfert. De même, s'il existe un régime d'intéressement ou de participation chez leur nouvel employeur, ils acquièrent sur son fondement des droits calculés en proportion de leur temps de présence ou des salaires perçus chez le cessionnaire après la restructuration.

Une difficulté peut surgir lorsque la restructuration est affectée d'un caractère rétroactif en matière fiscale ou comptable, ce qui est relativement fréquent en cas de fusion. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation estime, fort logiquement, que la société absorbante est tenue de « *constituer une réserve spéciale de participation calculée sur l'ensemble des bénéfices pris en compte par elle du fait de la fusion* »¹. Ainsi, si le traité de fusion prévoit que celle-ci prend rétroactivement effet au 1^{er} janvier de l'année au cours de laquelle elle a lieu, les résultats de l'entreprise absorbée étant d'un point de vue comptable et fiscal rétroactivement intégrés à ceux de l'entreprise absorbante, il est logique que cette dernière doive constituer une réserve spéciale de participation sur la base des résultats de l'entité absorbée ajoutés aux siens, peu important l'absence de système de participation dans l'entreprise absorbée avant la restructuration. Les salariés de l'entreprise absorbée ou de l'activité apportée, en cas d'apport partiel d'actif, doivent donc bénéficier de droits à participation calculés sur la totalité de l'exercice au cours duquel la restructuration affectée d'un caractère rétroactif a eu lieu, peu important la date effective du transfert de leur contrat. Cette solution dégagée en matière de participation semble également transposable au calcul des droits acquis sur le fondement d'un accord d'intéressement².

¹ Cass. soc., 23 fév. 1983, Bull. civ. V, n° 105 ; CA Versailles, 7 fév. 2002, RJS 2002, n° 862.

² En ce sens, T. SALOME et G. BORDIER, art. préc.

937. Restructuration et disponibilité des droits. Si l'intéressement donne lieu à des versements immédiatement disponibles, les sommes acquises au titre de la participation ou placées sur un plan d'épargne salariale sont, quant à elles, affectées à des fonds gérés par l'entreprise ou par un organisme extérieur, et demeurent indisponibles pendant un délai minimum de cinq ans¹, au cours duquel les avoirs des salariés doivent fructifier². La réalisation d'une restructuration n'emporte pas en principe remise en cause de cette indisponibilité. Ainsi, même si l'accord de participation cesse de s'appliquer après le transfert ou que le plan d'épargne salariale ne peut être maintenu, les droits des salariés restent indisponibles et leur gestion doit être assurée jusqu'à l'échéance du terme de la période d'indisponibilité³. À ce titre, la circulaire du 14 septembre 2005 préconise que la convention conclue entre employeurs successifs envisage de confier la gestion de ces droits au nouvel employeur, notamment en ce qui concerne la participation placée en comptes courants bloqués, afin d'éviter qu'une défaillance de l'ancien employeur ne se traduise par la perte des droits acquis par les salariés⁴, risque écarté en cas de gestion externe au sein d'un fonds commun de placement d'entreprise. En principe donc, même si une restructuration est susceptible d'entraîner la disparition du système d'épargne salariale, elle n'emporte pas pour autant remise en cause de l'indisponibilité des sommes acquises par le salarié au titre de la participation ou des avoirs qu'il détient dans un plan d'épargne. Toutefois, des cas de déblocage anticipé sont prévus par le Code du travail.

938. Liquidation et déblocage anticipé des droits. Afin de préserver la situation des salariés d'une entreprise en difficulté, l'article R. 3324-24 du Code du travail dispose que le jugement arrêtant le plan de cession totale de l'entreprise, ou ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire de l'entreprise rend immédiatement exigibles les droits à participation non échus. Pour mémoire, les sommes dues au titre de la participation et de l'intéressement sont couvertes par l'AGS en cas d'insolvabilité de l'employeur⁵. Outre la disparition de

¹ Toutefois, depuis la loi du 3 décembre 2008 (loi n° 2008-1258 du 3 déc. 2008, préc.), les salariés peuvent demander le versement immédiat de tout ou partie des droits acquis au titre de la participation ; art. L. 3324-10 C. trav.

² En ce sens, H. OUAISSI, th. préc. p. 238.

³ Les sommes acquises au titre d'un accord de participation sont bloquées pendant un délai de cinq ans minimum, les partenaires sociaux pouvant prévoir une durée plus longue (art. L. 3324-10 C. trav.) contre huit ans en application du régime d'autorité. Quant aux sommes placées sur un plan d'épargne entreprise ou interentreprises, elles sont bloquées pendant un délai minimum de cinq ans (le plan peut prévoir une durée plus longue) à compter de l'acquisition des titres (art. L. 3332-25 C. trav.). Enfin, les sommes placées sur un plan d'épargne pour la retraite collectif sont bloquées jusqu'au départ à la retraite du salarié (art. L. 3334-14 C. trav.).

⁴ Circ. 14 sept. 2005, préc.

⁵ Art. L. 3253-10 C. trav.

l'entreprise résultant du prononcé de sa liquidation judiciaire, ou sa cession totale, d'autres événements affectant la situation personnelle des salariés sont susceptibles d'entraîner le déblocage anticipé des sommes versées sur un plan d'épargne ou acquises au titre de la participation. Tous les cas de déblocage anticipé visés à l'article R. 3324-22 du Code du travail sont étrangers à la réalisation d'une restructuration à l'exception de la rupture du contrat de travail qui peut résulter d'une telle opération notamment, en cas de licenciement pour motif économique. Lorsqu'une restructuration se traduit par des ruptures pour motif économique, les salariés dont le contrat a pris fin peuvent donc demander la liquidation anticipée des droits acquis au titre de la participation ou des avoirs placés dans le cadre d'un plan d'épargne salariale.

La levée de l'indisponibilité entraîne ainsi un versement unique portant, selon le choix du salarié, sur tout ou partie des droits susceptibles d'être débloqués¹. Toutefois, rien n'oblige le salarié à demander le déblocage anticipé des droits acquis au titre de la réserve spéciale de participation ou des avoirs qu'il détient dans le plan d'épargne de l'employeur qui a rompu son contrat. Si le salarié ne demande pas le déblocage anticipé, l'employeur lui remet un état récapitulatif de l'ensemble des sommes et des valeurs mobilières épargnées² et lui demande son adresse ainsi que les coordonnées de son compte bancaire afin de pouvoir lui verser les sommes devenues exigibles une fois le délai d'indisponibilité écoulé³.

939. Transfert des droits du salarié licencié sur le plan d'épargne de son nouvel employeur. Si, après avoir été licencié, le salarié retrouve un emploi dans une entreprise dotée d'un plan d'épargne salariale il peut demander à son ancien employeur le transfert de son épargne salariale dans le plan de son nouvel employeur à condition toutefois que le règlement du plan en vigueur chez son nouvel employeur prévoie une durée de blocage au moins équivalente à celle du plan d'origine⁴. Le salarié informe ainsi l'entreprise qui l'a licencié des coordonnées de son nouvel employeur et de l'établissement gérant pour le compte de ce dernier les registres des comptes administratifs mentionnés dans le règlement du plan d'épargne en vigueur dans son entreprise⁵. L'ancienne entreprise liquide alors les avoirs

¹ Art. R. 3324-23 C. trav.

² Art. L. 3341-7 C. trav.

³ Art. D. 3324-36 C. trav. Si l'employeur n'arrive pas à joindre le salarié à sa dernière adresse, il conserve pendant un an à sa disposition les sommes acquises au titre de la participation. Passé ce délai, ces sommes sont remises à la Caisse des dépôts et consignations à laquelle le salarié devra s'adresser pour en réclamer le versement ; art. D. 3324-37 C. trav.

⁴ Art. L. 3335-2 C. trav.

⁵ Art. D. 3335-2 C. trav.

détenus dans le plan puisque seules des sommes d'argent peuvent être transférées, à l'exclusion des titres. Une fois cette liquidation opérée, l'ancien employeur transfère les sommes acquises par le salarié au titre de son épargne salariale vers le plan du nouvel employeur, en indiquant les périodes d'indisponibilité déjà courues¹, qui s'imputeront sur la durée de blocage prévue par le plan du nouvel employeur. Les versements ainsi effectués dans le plan d'épargne du nouvel employeur ne sont pas pris en compte pour le calcul du plafond annuel des versements volontaires et ne donnent pas lieu à abondement, sauf si les sommes transférées étaient disponibles ou si le versement des sommes issues d'un plan d'épargne entreprise ou interentreprises s'effectue sur le plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO) du nouvel employeur².

Si la rupture du contrat de travail est susceptible de mettre fin à l'indisponibilité des droits acquis par le salarié au titre de la participation ou des avoirs placés dans un plan d'épargne salariale, tel n'est pas le cas en revanche du transfert du contrat réalisé en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. En effet, dans la mesure où un tel transfert entraîne la poursuite de l'exécution du « même » contrat de travail avec le nouvel employeur, le salarié repris par le cessionnaire en application de ce texte ne peut demander le déblocage anticipé des droits acquis au titre de la participation ou placés sur un plan d'épargne. Seule la réalisation de l'un des événements visés à l'article R. 3324-22 du Code du travail le lui permettra. Ainsi, sauf rupture du contrat de travail suite à la restructuration, adoption d'un plan de cession totale dans le cadre d'une procédure collective, ou prononcé de la liquidation judiciaire de l'entreprise, une restructuration n'affecte pas l'indisponibilité des droits des salariés qui restent bloqués jusqu'au terme de la période de blocage.

940. Possible transfert de la gestion des sommes au nouvel employeur et modification de leur affectation. Une restructuration ne remettant en cause ni les droits acquis par les salariés au titre de l'épargne salariale, ni leur éventuelle indisponibilité, se pose la question du devenir de ces sommes et de leur gestion. Dans la mesure où la gestion des droits acquis au titre de la réserve spéciale de participation doit être assurée jusqu'au terme de la période d'indisponibilité, la circulaire du 14 septembre 2005 invite les employeurs successifs, dans le cadre de la convention conclue entre eux, à déterminer le sort de la réserve

¹ Art. D. 3335-3 C. trav.

² Art. L. 3335-2 C. trav.

spéciale de participation et de sa gestion¹. À ce titre, elle préconise que la gestion soit confiée au nouvel employeur « *notamment en ce qui concerne la participation placée en comptes courants bloqués que le salarié transféré pourrait ne pas recouvrer en cas de défaillance de son ancien employeur* ». Régler conventionnellement la gestion des droits issus de la participation après la restructuration est donc recommandé, parce que cela permet de résoudre certaines difficultés pratiques relatives à cette gestion, en offrant la possibilité aux parties de choisir le mode le plus adapté à leur situation et, le cas échéant, de modifier l'affectation de la participation vers un fonds géré par un organisme extérieur à l'entreprise. L'article D. 3324-28 du Code du travail dispose à ce titre que les signataires de l'accord initial peuvent modifier l'affectation de l'épargne des salariés investie dans des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, à condition que les caractéristiques des nouveaux organismes soient identiques. À défaut, l'accord de chaque salarié est indispensable avant toute modification de l'affectation de son épargne. En tout état de cause, la modification de l'affectation de la participation et du mode de gestion n'affecte pas la durée d'indisponibilité des sommes acquises par les salariés. La durée déjà écoulée s'impute sur celle restant à courir à la date du changement de gestion.

941. Possible transfert de l'épargne des salariés repris sur le plan d'épargne du cessionnaire. Si l'entreprise cessionnaire est dotée d'un plan d'épargne salariale, les sommes acquises par les salariés au titre des régimes de participation ou d'intéressement en vigueur chez leur ancien employeur, à l'instar des avoirs détenus dans le plan d'épargne de leur entreprise d'origine, peuvent être transférés sur le plan d'épargne salariale du nouvel employeur. La présence d'un plan d'épargne dans l'entreprise d'accueil, qu'il s'agisse d'un plan d'épargne entreprise, interentreprises ou de groupe, ou encore d'un PERCO, est donc particulièrement opportune puisqu'elle permet d'éviter un nombre important de problèmes pratiques. Ainsi, les sommes détenues par les salariés au titre de la réserve spéciale de participation constituée chez le cédant peuvent être affectées sur le plan en vigueur chez leur nouvel employeur, la durée d'indisponibilité déjà écoulée s'imputant alors sur celle restante. Le versement des sommes issues du régime de participation du cédant ne donne pas lieu à abondement, et n'est pas pris en compte pour le calcul du plafond des versements volontaires.

Pour ce qui concerne les avoirs détenus par les salariés dans le plan d'épargne en vigueur dans l'entreprise cédante, ils peuvent également être transférés sur le plan d'épargne

¹ Circ. 14 sept. 2005, préc.

de l'entreprise d'accueil sous réserve du respect d'un certain nombre de conditions. L'article R. 3332-20 du Code du travail dispose qu'en cas de transfert d'entreprise « *les signataires de l'accord ou, lorsque le plan n'a pas été mis en place en application d'un accord, l'employeur, peuvent décider de transférer les avoirs des salariés dans le plan d'épargne de la nouvelle entreprise, si celui-ci comporte des organismes de placement collectif en valeurs mobilières ou des placements collectifs (...) dont les caractéristiques sont identiques à celles des organismes ou des placements collectifs prévus dans le plan d'origine.* ». S'agissant de la condition d'identité des caractéristiques des organismes, la circulaire du 14 septembre 2005 précise que si les notices des organismes, le règlement des fonds ou les statuts des SICAV peuvent légèrement différer, il est en revanche impératif que l'orientation de la gestion, qu'il s'agisse de la nature des actifs, de l'horizon de placement ou de la gestion du risque, soit équivalente, et que les frais maximum perçus par les organismes soient identiques¹. À défaut, l'accord de chaque salarié est indispensable.

Par ailleurs, s'il est impossible de réunir les signataires de l'accord ayant mis en place le plan dans l'entreprise cédante, le transfert des avoirs des salariés peut être décidé par accord avec le personnel ou les comités d'entreprise concernés². Dans la mesure où seules des sommes d'argent peuvent être transférées, à l'exclusion de titres, l'entreprise devra procéder à leur liquidation afin de procéder à leur transfert sur le plan d'épargne salariale du nouvel employeur, sans que les salariés n'aient à leur disposition les sommes correspondant à leurs avoirs. Les avoirs placés dans le plan d'origine et transférés dans le plan du cessionnaire ne seront pas pris en considération pour le calcul du plafond des versements volontaires et ne donneront pas lieu à abondement de la part du nouvel employeur, sauf s'ils sont transférés sur un PERCO. Le transfert des avoirs n'a aucun impact sur leur indisponibilité. Ainsi, les périodes d'indisponibilité déjà courues dans le plan d'origine s'imputent sur la durée de blocage prévue par le règlement du plan d'épargne de l'entreprise d'accueil.

L'existence d'un plan d'épargne au sein de l'entreprise issue de la restructuration est donc particulièrement appropriée pour permettre d'éviter le « casse-tête » du sort des droits des salariés acquis au titre des régimes d'épargne salariale en vigueur chez leur ancien employeur. À ce titre, dans la phase précédant la restructuration, il peut être intéressant d'anticiper ses conséquences en instaurant, si nécessaire, dans l'entreprise d'accueil, un plan d'épargne salariale qui pourra ainsi recueillir les avoirs détenus par les salariés dans le plan du

¹ Circ. 14 sept. 2005, préc.

² Art. R. 3332-20, *in fine*, C. trav.

cédant, ainsi que les sommes acquises au titre de la réserve spéciale de participation. En l'absence de plan d'épargne chez le nouvel employeur, les salariés pourront maintenir leurs avoirs dans le plan de leur ancien employeur.

942. Possible maintien des sommes sur le plan d'épargne entreprise de l'ancien employeur. Si aucun plan d'épargne salariale n'a été instauré dans l'entreprise cessionnaire et que le plan en vigueur dans l'entreprise cédante continue à s'y appliquer, les avoirs détenus par les salariés dans ce plan peuvent y être maintenus en dépit du transfert, ou de la rupture de leur contrat. Si les avoirs des salariés peuvent être conservés dans le plan de leur ancien employeur, ils ne pourront en revanche plus effectuer de nouveau versement sur ce plan, sauf en cas de rupture du contrat par un départ en retraite ou en préretraite, dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi par exemple. De même, les salariés ne bénéficieront plus d'aucun abondement de l'employeur. Si les avoirs des salariés transférés sont placés dans un fonds collectif détenant des titres de l'entreprise, la circulaire du 14 septembre 2005 envisage la possibilité d'affecter l'épargne des salariés transférés vers un fonds diversifié comportant d'autres actions que celles de leur ancienne entreprise, afin d'éviter que son éventuelle disparition n'emporte perte de tout ou partie des avoirs des salariés transférés¹.

Par ailleurs, si une partie de l'épargne salariale du salarié est placée sur le PERCO en vigueur chez l'ancien employeur et qu'il n'en existe pas chez le nouvel employeur, quand bien même existerait-il dans son entreprise un plan d'épargne entreprise, interentreprises ou de groupe, les avoirs détenus par les salariés dans le PERCO d'origine y seront maintenus, et ne pourront être transférés que vers un autre PERCO. En l'absence de PERCO mis en place chez leur nouvel employeur, et seulement dans cette hypothèse, les salariés conserveront donc leurs avoirs dans le PERCO de leur ancien employeur sur lequel ils pourront de surcroît effectuer de nouveaux versements, qui ne donneront en revanche pas lieu à abondement. Les frais de gestion des avoirs des anciens salariés seront alors à leur charge exclusive².

Afin d'éviter que les restructurations ne se traduisent par la perte des droits acquis par les salariés au titre de l'épargne salariale, le droit social assure donc la préservation de la créance des salariés en dépit de la disparition du régime d'épargne salariale dont ils bénéficiaient avant l'opération. Le sort des systèmes d'épargne salariale en cas de

¹ Circ. 14 sept. 2005, préc.

² Art. L. 3334-7 C. trav.

restructuration ne fait l'objet que de rares dispositions légales qui se contentent d'énoncer qu'en cas d'impossible application l'accord instaurant un système d'épargne salariale cesse de s'appliquer. Le laconisme voire le mutisme du législateur relatif au sort des régimes d'épargne salariale en cas de restructuration s'explique sans doute par la technicité des problématiques soulevées, que la voie conventionnelle semble davantage appropriée à régler.

À ce titre, anticiper le sort de l'épargne des salariés avant la restructuration en instaurant, si nécessaire, un plan d'épargne salariale dans l'entreprise cessionnaire permet d'effectuer le transfert de l'ensemble des droits acquis par les salariés au titre de l'intéressement, de la participation, mais aussi des avoirs placés sur le plan du précédent employeur, éludant ainsi un certain nombre de difficultés pratiques. Il est donc particulièrement opportun que les employeurs parties à une restructuration anticipent sa réalisation afin d'en prévenir les conséquences sur les régimes d'épargne salariale dont bénéficient les salariés et surtout, « d'organiser » le devenir et la gestion future des créances qu'ils détiennent à ce titre à l'encontre de leur ancien employeur. En tout état de cause, le droit social préserve la situation financière des salariés en cas de restructuration puisqu'une telle opération ne saurait remettre en cause la créance acquise au titre de leur épargne salariale.

Si les dispositions légales relatives au sort de l'épargne salariale en cas de restructuration sont lacunaires, celles spécifiques au sort de la protection sociale complémentaire en cas de restructuration sont pour ainsi dire inexistantes. En effet, le législateur n'a aucunement envisagé le sort des régimes de protection sociale en cas de restructuration. Toutefois, si le législateur n'a édicté aucune disposition propre au sort des garanties et prestations de protection sociale complémentaire en cas d'une restructuration, la situation des salariés en termes de protection sociale en cas de restructuration n'en est pas moins relativement préservée.

Sous-section II : Le sort de la protection sociale accordée aux salariés en cas de restructuration.

943. De l'avis de certains auteurs, le sort de la protection sociale après une restructuration est l'une des questions les plus complexes et les plus techniques sur lesquelles

cette étude nous amène à nous pencher¹. De nombreux facteurs contribuent à l'extrême complexité de la détermination du sort des régimes de protection sociale complémentaire en cas de restructuration : qu'il s'agisse de la technicité des problématiques soulevées, de l'intervention de diverses disciplines juridiques (droit du travail, droit de la protection sociale, droit des assurances, etc.), de l'existence de différents « piliers de protection sociale » (régime de base de la Sécurité sociale, régimes de retraite complémentaire et protection sociale d'entreprise) ou encore de l'hétérogénéité des sources juridiques régissant ces questions. En dépit d'enjeux humains, sociaux et économiques considérables, la législation est pour le moins lacunaire sur le devenir des régimes de protection sociale, des garanties et des prestations en cas de restructuration. Quant à la jurisprudence, relativement rare en la matière, elle ne contribue guère à éclairer « l'espace ténébreux » dans lequel, selon Patrick MORVAN, le juriste s'aventure lorsqu'il « explore l'impact des transferts ou restructurations sur les régimes de protection sociale »².

944. *Un système de protection sociale reposant sur trois piliers.* Le système de protection sociale français est constitué de trois niveaux : le régime de base de Sécurité sociale, les régimes de retraite complémentaire et la protection sociale d'entreprise. Très tôt la protection accordée par les régimes de base de la Sécurité sociale, et notamment par le régime général dont le relèvent les salariés, s'est révélée insuffisante du fait notamment de la modicité des revenus de remplacement du revenu professionnel, dont le montant est calculé à partir d'un revenu professionnel plafonné. La faiblesse des pensions de retraite versées par l'assurance vieillesse de la Sécurité sociale, et l'indigence dans laquelle se trouvaient certains retraités ont conduit les partenaires sociaux, au sortir de la Deuxième Guerre Mondiale, à mettre en place des régimes de retraite complémentaire.

Ces régimes se sont révélés indispensables pour garantir un revenu de remplacement de nature à permettre aux retraités de pouvoir vivre ne serait-ce que « correctement ». La pérennité des régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO, fondés sur le principe de répartition induisant une solidarité intergénérationnelle entre actifs et inactifs, impliquait leur généralisation à titre obligatoire à l'ensemble des salariés du secteur privé. Le législateur a donc imposé à l'ensemble des entreprises d'affilier leurs salariés à une institution de retraite complémentaire. Si, à l'aube des années 1970, l'indigence dans laquelle se trouvaient certains

¹ En ce sens, notamment, H. OUAISSI, th. préc., p. 10 ; J. BARTHELEMY, « L'évolution du système de protection sociale complémentaire de l'entreprise », Dr. soc. 1986, p. 311 ; P. MORVAN, *op. préc.*, p. 1039.

² P. MORVAN, *op. préc.* p. 1039.

retraités a conduit à la généralisation du bénéfice des régimes de retraite complémentaire à l'ensemble des salariés relevant du régime vieillesse de la sécurité sociale, rien de tel n'a été mis en place en matière de prévoyance à l'époque.

Toutefois, les difficultés financières du régime général, et notamment de la branche maladie, la modicité des prestations, qu'il s'agisse de celles relatives au risque décès ou des prestations en espèces de l'assurance maladie, incapacité ou invalidité, ont amené certaines entreprises à instaurer des régimes de prévoyance complémentaire au bénéfice de leurs salariés. Conscient des ses propres carences et de l'incomplétude des régimes de Sécurité sociale et particulièrement du régime général, le législateur a encadré les pratiques de certaines entreprises consistant à offrir aux salariés une couverture sociale complémentaire s'ajoutant aux prestations versées par le régime général.

Le contexte économique et social caractérisé par le vieillissement de la population, le déséquilibre entre population active et inactive, le ralentissement de la croissance dû notamment à de multiples crises économiques, et les difficultés financières croissantes des régimes obligatoires, ont mis en exergue la nécessité de consolider la protection sociale des salariés. C'est pourquoi le législateur a encouragé les entreprises à instaurer au bénéfice de leurs salariés des garanties de prévoyance complémentaire, notamment en les assortissant d'un régime fiscal et social favorable.

L'aggravation des difficultés financières des régimes obligatoires entraînant un certain « désengagement » du régime de base de la Sécurité sociale notamment dans la prise en charge du remboursement des frais de santé a conduit le législateur de 2013 à consacrer la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé dont les partenaires sociaux avaient convenu dans l'ANI du 11 janvier 2013¹. Ainsi, au 1^{er} janvier 2016 toutes les entreprises de droit privé devront offrir à leurs salariés le bénéfice d'une couverture complémentaire des frais de santé².

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 1^{er} ; ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 1^{er}.

² Art. L. 911-7 CSS ; Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, préc. art. 1^{er} X ; Le décret n° 2014-1025 du 8 septembre 2014 est venu préciser le niveau minimal des garanties d'assurance complémentaire santé que les entreprises devront instituer au profit de l'ensemble de leurs salariés au plus tard le 1^{er} janvier 2016 ; D. 2014-1025, du 8 septembre 2014, relatif aux garanties d'assurance complémentaire santé des salariés mises en place en application de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale, JORF n°0209 du 10 septembre 2014 page 14892 ; JCP S 2014, act. 322 ; sur la généralisation de la couverture frais de santé V. A.-S. GINON, J.-M. NELLY et F. WISMER, « Protection sociale complémentaire : quelle généralisation ? », RDT 2013, p. 303 ; F. KESSLER, « La loi de sécurisation de l'emploi et la prévoyance complémentaire conventionnelle des salariés », CSBP 2013, n° 254, p. 288 ; P. BARON et X. PIGNAUD, « généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité », JCP S 2013, 1269 ; M. DEL SOL, « Commentaire de l'article 1^{er} de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi sur la généralisation de la couverture santé, la fin de clauses de

945. La réalisation d'une restructuration emporte des conséquences très différentes sur les trois piliers de la protection sociale des salariés. Dans la mesure où tous les salariés sont obligatoirement rattachés au régime général de Sécurité sociale et affiliés à la caisse d'assurance maladie de leur lieu de résidence, la restructuration de leur entreprise n'emportera aucune conséquence sur leur droit au bénéfice des prestations des assurances maladie, maternité, invalidité, décès, accidents du travail-maladies professionnelles du régime général. Tout au plus, une restructuration affectera éventuellement le taux de cotisation auquel est assujéti l'employeur en matière d'accident du travail¹.

De même, en principe, une telle opération n'affecte pas la situation des salariés en matière de retraite complémentaire. Dans l'ensemble des entreprises du secteur privé, a été rendue obligatoire l'affiliation des salariés aux régimes de retraite complémentaires AGIRC et ARRCO. Ainsi, l'article L. 921-1 du Code de la sécurité sociale dispose que les salariés soumis à titre obligatoire à l'assurance vieillesse du régime général de sécurité sociale ou des assurances sociales agricoles et les anciens salariés de même catégorie, doivent obligatoirement être affiliés à une institution de retraite complémentaire. Une restructuration ne peut donc en principe remettre en cause le droit des salariés à bénéficier d'un régime de retraite complémentaire AGIRC ou ARRCO, tout au plus modifiera-t-elle les conditions d'affiliation à ces régimes (§ 1).

Si le bénéfice des deux premiers piliers de notre système de protection sociale ne peut être remis en cause par une restructuration, une telle opération peut en revanche avoir des répercussions beaucoup plus importantes sur la protection sociale d'entreprise. Si la finalité du droit social est d'atténuer autant que faire se peut les effets potentiellement néfastes des restructurations sur la situation des salariés, aucune disposition légale n'envisage spécifiquement le sort des systèmes de protection sociale complémentaire, ni des garanties collectives et prestations qui en découlent en cas de restructuration. Pour autant, les salariés ne sont pas totalement démunis et voient leur situation en termes de protection sociale

désignation et la réforme de la portabilité », Lexbase hebdo, éd. soc. 2013, n° 234, N° LXB : N7808BTD et N7809BTE

¹ En effet, la tarification des accidents du travail est fonction de l'effectif global de l'entreprise qu'une restructuration est susceptible de faire varier. Ainsi, en application de l'article D. 242-6-2 du Code de la Sécurité sociale, la tarification des accidents du travail est collective dans les entreprises dont l'effectif global est inférieur à 20 salariés, individuelle dans celles employant au moins 150 salariés et mixte dans les entreprises employant de 20 à 149 salariés. Par ailleurs, l'article L. 242-5 du Code de la sécurité sociale enjoint à l'employeur de déclarer à la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail toute circonstance de nature à aggraver les risques, une restructuration étant susceptible de caractériser une telle circonstance. Pour en savoir plus sur l'impact éventuel d'une restructuration sur la tarification des accidents du travail V. notamment P. MORVAN, *op. préc.*, p. 801 et s. ; G. VACHET, « Restructurations et cotisations légales », *Dr. soc.* 1989, p. 100.

complémentaire relativement préservée des incidences potentiellement dommageables d'une restructuration grâce à divers garde-fous. S'il ne s'est pas à proprement parler penché sur le sorts des droits des salariés en matière de protection sociale complémentaire en cas de restructuration, le droit social a instauré des mécanismes tendant à assurer le maintien de certaines garanties ou prestations en cas de rupture du contrat de travail, de modification ou de suppression du régime de garanties collectives ou du contrat d'assurance, autant d'hypothèses susceptibles de résulter d'une restructuration (§ 2).

§ 1 - L'impact modéré des restructurations sur les droits des salariés en matière de retraite complémentaire.

946. La protection offerte par l'assurance vieillesse du régime général de Sécurité sociale s'est très tôt révélée insuffisante, ce qui a entraîné l'instauration conventionnelle de régimes de retraite complémentaire. Le régime de retraite complémentaire des cadres, géré par l'AGIRC, a ainsi été créé au niveau interprofessionnel par la convention collective de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947. Pour les salariés non-cadres, après la mise en place anarchique de multiples institutions, les partenaires sociaux ont d'abord institué l'Union nationale des institutions de retraite des salariés, avant de conclure l'accord interprofessionnel du 8 décembre 1961 créant l'ARRCO destiné à assurer une coordination et une compensation entre les différents régimes, et à offrir le bénéfice d'une retraite complémentaire à un maximum de salariés non-cadres.

Les régimes de retraite complémentaire gérés par l'AGIRC et l'ARRCO sont fondés sur le principe de la répartition impliquant une solidarité intergénérationnelle. Ils ne peuvent dès lors perdurer qu'à la stricte condition d'être rendus obligatoires pour l'ensemble des salariés. C'est pourquoi, les accords fondateurs relatifs à l'AGIRC et l'ARRCO ont d'abord été étendus et élargis, avant que la loi du 29 décembre 1972 ne généralise le bénéfice de ces régimes de retraite complémentaire en imposant à toutes les entreprises du secteur privé d'y affilier leurs salariés¹.

¹ Loi n° 72-1223, du 29 déc. 1972 portant généralisation de la retraite complémentaire au profit des salariés et anciens salariés, JORF 30 déc. 1972, p. 13781. Sur l'historique des régimes de protection sociale complémentaire V. J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 2011, p. 1052 et s.

947. Principe : intangibilité de l'affiliation aux institutions de retraite complémentaire. Les régimes de retraite complémentaire reposent donc sur des mécanismes d'affiliation obligatoire, obstacles à la perte du bénéfice de ces régimes pour les salariés en cas de restructuration de leur entreprise. Non seulement les salariés ne peuvent en aucun cas être privés du bénéfice des régimes de retraite complémentaire, mais ils doivent de surcroît rester affiliés à la même caisse de retraite complémentaire après la restructuration¹. En effet, en principe, l'adhésion d'une entreprise à institution de retraite complémentaire est définitive et la modification dans la situation juridique de l'employeur ne permet pas, sauf exception, de modifier l'affiliation de l'entreprise aux caisses AGIRC et ARRCO. En cas de reprise d'une activité par une entreprise créée à cette occasion, les adhésions souscrites par le cédant seront maintenues et le cessionnaire devra continuer à verser les cotisations de retraite complémentaire aux caisses AGIRC et ARRCO auxquelles était affilié son prédécesseur. Toutefois, dans certaines hypothèses strictement définies, il est possible qu'une restructuration impose, ou autorise, un changement d'institution de retraite complémentaire. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une restructuration, comme une fusion ou une cession, implique plusieurs employeurs ayant adhéré à des institutions de retraite complémentaire différentes pour la même catégorie de salariés ; cela peut engendrer des difficultés relatives à la disparité des taux de cotisation notamment.

C'est pourquoi, bien qu'en principe l'adhésion d'une entreprise à une institution soit définitive, un changement d'institution peut s'avérer nécessaire afin d'harmoniser les différents statuts en présence, ou de se conformer aux prescriptions de la convention collective nouvellement applicable du fait du changement d'activité principale résultant de l'opération. Depuis le 1^{er} juillet 2002, les règles relatives au transfert d'adhésion d'une entreprise d'une caisse vers une autre sont communes aux régimes AGIRC et ARRCO. Les partenaires sociaux ont en effet déterminé dans la circulaire du 5 avril 2002², commune à l'AGIRC et l'ARRCO, les hypothèses dans lesquelles une restructuration impose, ou permet, un changement d'institution de retraite complémentaire (A), ainsi que les modalités de mise en œuvre de changement d'adhésion (B).

¹ Il en va bien sûr autrement si le salarié après avoir été licencié pour motif économique, retrouve un emploi chez un autre employeur affilié à une autre institution de retraite complémentaire. C'est l'affiliation de l'entreprise auprès des institutions AGIRC/ARRCO qui est en principe intangible.

² Circ. AGIRC-ARRCO, n° 18, du 5 avr. 2002.

A - Restructurations autorisant un changement exceptionnel d'institution de retraite complémentaire.

948. Seules certaines opérations de restructuration relevant du « régime des fusions » permettent, voire imposent, à l'employeur de changer de caisse de retraite complémentaire. En effet, afin de minimiser l'impact d'une restructuration sur la situation des salariés en matière de retraite complémentaire, l'affiliation d'une entreprise aux institutions AGIRC et ARRCO est en principe définitive et ne saurait être remise en cause par une telle opération. À ce titre, la circulaire du 5 avril 2002, complétée par celle du 2 mai 2005¹, définit strictement les restructurations susceptibles d'autoriser une telle modification d'affiliation. Elles sont au nombre de six et sont soumises, peu ou prou, au même régime juridique.

Outre les fusions, cessions et absorptions, un changement d'institution peut être rendu obligatoire en cas de mise en location-gérance, à la stricte condition toutefois que cette opération soit le prélude à une fusion. À défaut le locataire-gérant doit respecter les contrats d'adhésion souscrits par le propriétaire du fonds. Il est impératif que le contrat de location-gérance indique la perspective de la « fusion » postérieure, sinon le regroupement des adhésions des entreprises en présence ne sera possible qu'avec l'autorisation du propriétaire du fonds. Par ailleurs, lorsqu'elle est un prélude à la fusion la prise en location-gérance n'impose une unification des régimes de retraite complémentaire que lorsqu'elle s'accompagne d'un changement d'institution ; si tel n'est pas le cas l'harmonisation des régimes ne sera que facultative.

Par ailleurs, un changement d'institution de retraite complémentaire peut être impératif lorsqu'une restructuration entraîne un changement d'activité principale de l'entreprise, impliquant sa soumission à une convention collective de branche imposant aux entreprises comprises dans son champ d'application de s'affilier à une institution de retraite complémentaire distincte de celle à laquelle elle adhérerait jusque-là.

Le régime des fusions, et avec lui la possibilité d'unifier les régimes de retraite complémentaires, peut également s'appliquer lorsqu'un « groupe économique » est constitué entre plusieurs entreprises. Il en va ainsi lorsqu'une restructuration entraîne la reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés, ou qu'un comité de groupe est institué à la suite d'une opération de restructuration ayant donné naissance à un groupe au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail. Les différentes

¹ Circ. AGIRC-ARRCO 2005-10-DRE, du 2 mai 2005.

entreprises membres du groupe ou de l'UES pourront décider d'harmoniser les statuts des différents personnels afin que tous cotisent aux mêmes institutions de retraite complémentaire selon des modalités identiques.

Enfin, la circulaire commune AGIRC/ARRCO du 2 mai 2005 envisage la possibilité de changer d'institution de retraite complémentaire en cas de transmission universelle de patrimoine à l'associé unique, lorsque la société est dissoute en application de l'article 1844-5 du Code civil suite à la réunion de tous les droits sociaux d'une société entre les mains d'une seule personne. De même, cette circulaire prévoit un possible changement d'institution, sous réserve de l'accord des fédérations AGIRC et ARRCO, en cas de prise de participation financière à hauteur d'au moins 34 % du capital d'une société à la double condition : que cette prise de participation emporte changement des personnes qui contrôlent la société et qu'elle s'accompagne de modifications dans les conditions d'emploi de ses salariés¹.

Ainsi, dès lors qu'une restructuration relève de l'une de hypothèses précitées, l'employeur peut décider, ou être contraint, de procéder à un changement d'institution de retraite complémentaire, et à l'unification des régimes AGIRC et ARRCO. Il devra alors respecter les modalités conventionnelles de changement d'institution, qu'il s'agisse de la procédure à mettre en œuvre ou du choix de la caisse.

¹ Qu'il s'agisse de transfert de personnels ou de l'application du statut commun du groupe ayant acquis ces participations, au personnel de la société dans laquelle les prises de participation ont eu lieu.

B – Modalités d'unification des régimes de retraite complémentaire après la restructuration.

949. Lorsqu'une restructuration met en présence deux entreprises adhérentes à des institutions de retraite complémentaires distinctes et que l'opération relève du « régime des fusions », le regroupement des adhésions dans l'entreprise issue de la restructuration est soumis d'une part à la mise en place d'un statut de retraite commun à l'ensemble du personnel, et d'autre part à une information/consultation du personnel ou de ses représentants, voire à la conclusion d'un accord avec ces derniers.

950. *Mise en place d'un statut de retraite complémentaire commun.* Lorsqu'une entreprise reprend l'activité et le personnel d'une autre ayant adhéré à des institutions de retraite complémentaire différentes, le regroupement des adhésions impose au nouvel employeur de mettre en place un statut de retraite complémentaire commun à l'ensemble de son personnel ; ce qui implique l'alignement non seulement des taux de cotisation, des conditions d'application de l'article 36 de l'annexe I à la convention AGIRC de 1947¹, mais aussi des taux de répartition des cotisations entre employeur et salarié, si ceux-ci sont différents. L'alignement des taux de cotisation concerne principalement le régime ARRCO, dans la mesure où subsistent dans ce régime des adhésions sur la base de taux supérieurs au taux obligatoire, au titre d'engagements antérieurs au 2 janvier 1993². Dans une telle hypothèse, le taux de cotisation doit être aligné sur la base du taux moyen pondéré qui doit être calculé à partir des taux existants, pour que le niveau des cotisations soit maintenu au niveau antérieur à la restructuration, calculé sur la base des anciens taux³. Le but est ainsi d'amoindrir les répercussions de l'unification du statut des salariés rendue nécessaire par la restructuration, et d'éviter que cette harmonisation ne bouleverse trop profondément leur situation en termes de retraite complémentaire. Il convient d'indiquer qu'une entreprise peut résilier ses engagements supplémentaires dits « facultatifs » résultant d'adhésions antérieures au 2 janvier 1993, à condition de verser à l'institution de retraite complémentaire en cause une

¹ Article relatif aux salariés qui sans, être cadres ou assimilés cadres, cotisent au régime AGIRC.

² En ce sens, Circ. 2 mai 2005 préc.

³ Le taux moyen doit en principe être arrondi au multiple de 0,05 supérieur étant précisé que par dérogation et sur autorisation des fédérations AGIRC et ARRCO il est possible de prévoir un arrondi supérieur dans la limite de 0,25 %, Circ. 2 mai 2005, préc.

« contribution de maintien des droits acquis » dont la finalité est de compenser la suppression des droits afférents à la fraction du taux supprimée¹.

Par ailleurs, une réduction du taux peut également résulter d'une « démission volontaire » de l'entreprise, sans maintien des droits. Toutefois, l'employeur ne pourra démissionner de l'institution (entraînant ainsi la suppression des droits correspondants et imposant le versement à l'institution d'une indemnité de démission) qu'à la stricte condition d'avoir conclu un accord collectif en ce sens ou d'avoir recueilli l'accord de la majorité des deux tiers des votants du groupe de bénéficiaires, comprenant non seulement les salariés, mais aussi les retraités bénéficiant du régime de retraite complémentaire dont le taux de cotisation était supérieur à 6 % avant la restructuration.

951. Constitution d'un groupe fermé. L'entreprise issue de la restructuration peut demander à l'AGIRC et à l'ARRCO la constitution d'un groupe fermé afin de permettre aux salariés présents avant l'opération et ayant donc cotisé au taux antérieur, de continuer à acquérir des droits en cotisant au taux en vigueur avant la restructuration, s'il est supérieur au taux pondéré ou au taux d'alignement. Le maintien du bénéfice de l'ancien taux de cotisation sera réservé aux seuls salariés présents avant la restructuration, à l'exclusion de tout salarié recruté postérieurement, lequel sera obligatoirement affilié au régime complémentaire sur la base du taux moyen pondéré, de là l'expression « groupe fermé ». Si l'AGIRC et l'ARRCO acceptent la constitution d'un groupe fermé, ce qui ne peut être le cas qu'en présence d'un établissement distinct, l'entreprise versera une contribution de maintien du niveau d'acquisition des droits des salariés membres du groupe fermé, au taux de cotisation en vigueur avant la restructuration. À ce titre, les salariés d'un établissement distinct, dont les activités après sa cession ne sont pas confondues avec celles des autres établissements de l'entreprise cessionnaire, qui cotisent auprès d'une caisse AGIRC à un taux inférieur à celui dont bénéficient les autres salariés, ne peuvent se prévaloir d'une « *discrimination illicite* »². La constitution d'un groupe fermé permet ainsi de maintenir à l'identique la situation des salariés en matière de retraite complémentaire après la restructuration.

952. Alignement des modalités d'application de l'article 36. Outre l'alignement des taux de cotisation, un changement d'adhésion implique également celui des conditions

¹ ANI 8 déc. 1961, art. 16.

² En lieu et place de l'évocation d'« une discrimination illicite », la Cour de cassation aurait dû évoquer une « inégalité de traitement injustifiée », Cass. soc., 10 déc. 2002, Bull. civ. V, n° 377 ; RJS 2/03, n° 258.

d'application de l'article 36 de l'annexe I à la convention AGIRC de 1947, article relatif aux salariés qui cotisent au régime AGIRC sans être cadres ou assimilés cadres. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la circulaire commune du 2 mai 2005, les entreprises issues d'une restructuration impliquant des personnels d'entreprises ayant adhéré à des institutions AGIRC différentes, ou ayant adopté un seuil d'accès à l'article 36 distinct, devaient retenir le seuil d'accès à l'article 36 le plus extensif. Une résiliation totale ou partielle était toutefois possible si la généralisation du seuil le plus extensif impliquait un important accroissement des charges de l'entreprise.

Depuis 2005, les entreprises issues d'une restructuration peuvent résilier tout ou partie de leurs engagements au titre de l'article 36 sans qu'il soit nécessaire de démontrer une aggravation considérable des charges. Ce n'est toutefois qu'à la stricte condition qu'un accord soit conclu avec les salariés ou leurs représentants, que l'entreprise issue de la restructuration pourra opter pour un seuil d'alignement intermédiaire entre ceux pratiqués avant l'opération par les différentes entreprises en présence, ou procéder à une résiliation totale ou partielle de l'extension. À défaut d'accord interne à l'entreprise, la restructuration entraînant un changement d'institution emportera obligatoirement alignement sur le seuil le plus extensif¹, étant précisé toutefois que si l'entreprise issue de la restructuration est soumise à une convention collective de branche fixant un seuil d'accès à l'article 36, elle sera tenue de le respecter².

Enfin, si l'entreprise cessionnaire applique un taux de répartition des cotisations de retraite complémentaire distinct de celui en vigueur dans l'entreprise cédée, un alignement sera également nécessaire. Plusieurs options s'offrent à l'entreprise cessionnaire. Elle peut décider soit d'adopter la clé de répartition entre part patronale et part salariale prévue par les régimes AGIRC et ARRCO³, soit celle qui est la plus favorable aux salariés, ou encore décider de faire prévaloir celle en vigueur dans l'entreprise partie à la restructuration dont l'effectif est le plus important, sous réserve de la conclusion d'un accord avec le personnel si la part patronale est inférieure à 60 % au titre des cotisations versées à l'ARRCO.

953. Procédure à l'égard des salariés. Lorsque le changement d'adhésion ne s'accompagne pas d'une modification des conditions d'affiliation ou qu'il ne se traduit pas

¹ Guide réglementaire AGIRC ARRCO Chap. IV, 4.1.2.

² Circ. du 2 mai 2005, préc.

³ Soit s'agissant de l'ARRCO 60 % à la charge de l'employeur, 40 % à la charge du salarié et pour l'AGIRC 62,07 % et 37,93%.

par la mise en œuvre de solutions dérogatoires, seule une information/consultation des représentants du personnel est requise. En revanche, si la restructuration se traduit par une modification des conditions d'affiliation différant des principes généraux d'unification prévus par les textes des régimes AGIRC-ARRCO, qu'il s'agisse notamment d'une réduction de taux de cotisation suite à une démission volontaire sans maintien de droits, ou de la résiliation totale ou partielle de l'extension de l'article 36 par exemple, l'employeur devra conclure un accord collectif en ce sens avec les organisations syndicales représentatives de l'entreprise, ou recueillir l'accord de la majorité des deux tiers des votants bénéficiaires du régime. En l'absence d'accord de la majorité du personnel ou de ses représentants, l'entreprise devra appliquer les principes d'unification définis par les régimes AGIRC et ARRCO.

954. *Choix de l'institution.* Les modalités de choix de l'institution de retraite complémentaire diffèrent selon que l'entreprise issue de la restructuration relève du domaine professionnel ou interprofessionnel. Le domaine professionnel comprend les entreprises appartenant à des secteurs d'activité énumérés dans le répertoire professionnel commun à l'AGIRC et l'ARRCO, à l'exclusion de celles qui ne figurent pas au répertoire et qui relèvent donc quant à elles du domaine interprofessionnel.

955. *Entreprises relevant du domaine interprofessionnel.* Lorsque l'entreprise issue de la restructuration relève du domaine interprofessionnel, ce qui suppose qu'elle ne relève pas d'une convention de branche imposant l'affiliation à une institution de retraite complémentaire précise, l'employeur devra transférer son adhésion à un groupe de protection sociale unique composé d'une institution AGIRC et d'une institution ARRCO. Cette affiliation permet à l'entreprise de n'avoir qu'un seul interlocuteur en matière de retraite complémentaire. L'entreprise devra donc regrouper les affiliations AGIRC et ARRCO auprès d'un groupe de protection sociale dont relève l'une des caisses AGIRC ou ARRCO à laquelle adhérerait déjà l'une des entreprises partie à la restructuration. À ce titre, l'AGIRC et l'ARRCO recommandent que de l'entreprise fonde son choix sur deux critères : elle doit privilégier le groupe de protection sociale déjà présent au titre des deux régimes AGIRC et ARRCO, et s'affilier par préférence au groupe dont relèvent les institutions les plus représentées avant la restructuration en termes d'effectifs cotisants. Il s'agit d'une recommandation, non d'une

obligation¹. La finalité est toujours la même : amoindrir autant que possible les répercussions d'une restructuration sur la situation des salariés en matière de retraite complémentaire

Toutefois, si, et seulement si, cette solution ne peut recevoir application, l'employeur devra opter pour une adhésion auprès de l'une des caisses déjà présentes avant la restructuration lesquelles, par définition, n'appartiennent pas au même groupe de protection sociale. Dans ce cas, l'employeur devra privilégier l'affiliation auprès de la caisse ARRCO qui était déjà présente avant l'opération pour les deux catégories non-cadres et cadres (tranche 1) ou, à défaut, auprès de la caisse la plus représentée en termes d'effectifs cotisants. De même, l'employeur devra privilégier l'affiliation à l'institution AGIRC qui, avant l'opération, avait le plus grand nombre de cotisants. Cela contribue ainsi à éviter qu'une restructuration ne bouleverse la situation de la majorité des salariés en termes de retraite complémentaire.

Faute de pouvoir appliquer les solutions qui précèdent, et uniquement dans cette hypothèse, l'employeur n'aura d'autre choix que de procéder à l'unification des adhésions par catégories de salariés, en privilégiant là encore les caisses les plus représentées en termes d'effectifs cotisants avant la restructuration. Cette solution, qui ne doit recevoir application qu'en dernier lieu, se traduira alors par l'adhésion de l'entreprise issue de la restructuration à trois institutions : une pour les non-cadres (tranche 1 et 2)², une pour les cadres sur la tranche 1 et une pour les cadres sur les tranches B et C³.

956. Entreprises relevant du domaine professionnel. Lorsque l'entreprise issue de la restructuration relève du domaine professionnel, l'unification des adhésions doit intervenir auprès des institutions AGIRC et ARRCO désignées au répertoire professionnel, peu important que les caisses visées n'aient auparavant jamais reçu d'adhésion de la part des entreprises parties à l'opération. Il en va notamment ainsi lorsque la restructuration emporte changement d'activité principale de l'entreprise, hypothèse dans laquelle elle sera le plus souvent tenue de s'affilier à des institutions dont elle ne relevait pas antérieurement. Par principe, l'entreprise issue de la restructuration adhère donc aux institutions désignées dans le répertoire professionnel AGIRC/ARRCO par référence à son code NAF ou à la convention collective de branche dont elle relève. Lorsqu'avant la fusion, les entreprises concernées adhéraient aux mêmes institutions de retraite complémentaire, l'entreprise issue de l'opération

¹ Circ. du 2 mai 2005, préc.

² Pour l'ARRCO : la tranche 1 correspond à la partie du salaire comprise entre 0 et 1 fois le plafond de la Sécurité sociale et la tranche 2 à la partie comprise entre 1 et 3 fois ledit plafond.

³ Pour l'AGIRC la tranche B correspondant à la partie du salaire comprise entre 1 et 4 fois le plafond de la Sécurité sociale, et la tranche C à la partie comprise entre 4 et 8 fois ledit plafond.

ne sera pas tenue de modifier son affiliation, même si les caisses auxquelles elle est affiliée ne sont pas celles visées par le répertoire professionnel. En effet, dans une telle hypothèse, l'unification des régimes de retraite complémentaire dont bénéficient les salariés ne nécessite aucun changement d'affiliation.

Il convient d'indiquer que des dérogations à l'obligation de s'affilier aux institutions de retraite complémentaire désignées par le répertoire professionnel sont envisageables, lorsque la restructuration met en présence des entreprises de taille disproportionnée en termes d'effectifs cotisants. Toutefois, ces dérogations impliquent l'accord des fédérations AGIRC et ARRCO et ne peuvent en aucun cas être mises en œuvre dans les hypothèses de location-gérance préalable à une fusion, ou de prise de participations financières. Dans ces deux hypothèses, l'employeur est tenu de s'affilier aux institutions désignées au répertoire professionnel.

957. *Moment du changement d'affiliation.* Par principe, la demande de changement d'affiliation doit avoir lieu à la date de la restructuration soit au jour de la fusion, de la cession, de l'instauration du comité de groupe ou de la reconnaissance de l'UES, etc. Toutefois, lorsque le changement d'institution est obligatoire, il devra être effectué même si la demande de modification d'adhésion intervient tardivement. Ainsi, l'entreprise issue de la restructuration doit solliciter le transfert d'adhésion au plus tard le 31 décembre de l'année suivant celle au cours de laquelle l'opération a eu lieu. En tout état de cause, le changement d'affiliation prend effet au 1^{er} janvier de l'année au cours de laquelle la demande est effectuée.

Si aucune restructuration n'est susceptible d'entraîner la perte du bénéfice des régimes de retraite complémentaire pour les salariés, elle peut en revanche impliquer des changements relatifs aux conditions d'affiliation à ces régimes. Toutefois, soucieux de préserver la situation des salariés et d'atténuer l'impact des restructurations sur leur situation collective, le droit social instaure des solutions privilégiant la mise en place de taux moyens pondérés ou l'affiliation auprès d'institutions auxquelles cotisaient déjà une partie des salariés concernés afin d'éviter des changements trop brutaux. Si l'impact des restructurations est plutôt modéré sur les régimes complémentaires de retraite, les régimes de protection sociale d'entreprise sont quant à eux susceptibles de connaître des bouleversements bien plus importants que le droit social tente de minimiser afin de protéger les salariés.

§ 2 – L'impact des restructurations sur les régimes de protection sociale complémentaire.

L'incomplétude des régimes obligatoires de sécurité sociale, qu'il s'agisse des régimes de base ou de retraite complémentaire AGIRC/ARRCO, leurs difficultés financières et le niveau relativement faible des prestations, ont conduit dans un premier temps le législateur à inciter les employeurs, notamment par le truchement d'un régime social et fiscal favorable, à instaurer des régimes de retraite supplémentaire ou de prévoyance complémentaire au profit de leurs salariés. Puis, dans un second temps, le législateur a consacré la généralisation de la couverture santé complémentaire mise en place par les partenaires sociaux dans le cadre de l'ANI conclu le 11 janvier 2013¹. Le bénéfice de ces garanties collectives constitue un avantage capital pour les salariés et leurs familles, en ce qu'ils apportent une amélioration substantielle de leur couverture sociale. La protection sociale complémentaire constitue à ce titre un instrument d'optimisation de la politique sociale de l'entreprise dans la perspective d'une meilleure conciliation entre efficacité économique et protection du travailleur². Élément essentiel du statut collectif de nombreux salariés, ces garanties collectives sont le plus souvent menacées par la restructuration de l'entreprise. En effet, instituées conventionnellement ou par décision unilatérale de l'employeur, elles peuvent être remises en cause par ces opérations soit que leur source soit affectée par la restructuration, soit que l'opération génère un risque de déséquilibre financier du régime, imposant sa révision. Surtout, l'existence de garanties collectives dans l'entreprise implique, outre l'employeur et ses salariés, l'intervention d'un tiers à la relation de travail : l'organisme assureur³. En effet, la protection sociale d'entreprise repose sur une architecture relativement complexe, dont il convient d'exposer brièvement les mécanismes afin de mieux comprendre les divers impacts qu'une restructuration peut avoir sur les droits des salariés en ce domaine.

958. *Architecture de la protection sociale complémentaire.* La protection sociale complémentaire des salariés implique, outre l'existence d'un contrat de travail, deux « supports » distincts. D'une part, une source collective, accord collectif ou référendaire, ou

¹ ANI du 11 janvier 2013, préc.

² En ce sens, J. BARTHELEMY, « Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire », Gaz. Pal. 2013, n° 234, p. 24.

³ Par commodité de langage nous emploierons tout au long de cette étude la locution « organisme assureur » pour désigner les entreprises d'assurance, mutuelles et institutions de prévoyance ayant vocation à intervenir dans le cadre de la protection sociale d'entreprise.

décision unilatérale de l'employeur, définit les garanties collectives dont bénéficient les salariés en fixant notamment l'étendue de leur couverture et les conditions de financement du régime de retraite ou de prévoyance collective. D'autre part, un contrat d'assurance groupe doit être conclu entre l'employeur et une entreprise d'assurance, une mutuelle ou une institution de prévoyance. L'article L. 141-1 du Code des assurances dispose qu'« *est un contrat d'assurance de groupe le contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage. Les adhérents doivent avoir un lien de même nature avec le souscripteur* », en l'occurrence être liés à l'employeur par un contrat de travail. Ce contrat d'assurance groupe repose sur le mécanisme de la stipulation pour autrui¹. Dans les régimes à adhésion obligatoire, seuls examinés dans le cadre de cette étude², les salariés qui sont les bénéficiaires de la stipulation sont tenus de l'accepter. Ainsi, sauf dispense d'adhésion autorisée par l'article R. 242-1-6 du Code de la sécurité sociale³, les salariés n'ont d'autre choix que d'adhérer au contrat d'assurance groupe, ce qui implique le plus souvent également l'obligation de cotiser au régime, sauf à pouvoir invoquer l'article 11 de la loi Evin⁴.

¹ Art. 1121 C. civ.

² Des régimes de protection sociale complémentaire facultatifs peuvent être instaurés au titre d'une activité sociale et culturelle du comité d'entreprise, sur cette question V. H. OUAISSI, th. préc. p. 191.

³ Introduit par le décret du 9 janvier 2012 (D. n° 2012-25, du 9 janv. 2012, JORF du 11 janv. 2012, p. 514), l'article R. 242-1-6 du Code de la sécurité sociale est l'article de référence en matière de dispenses d'adhésion aux régimes de garanties collectives de prévoyance instituées dans l'entreprise. Si le bénéfice de l'exclusion de l'assiette des cotisations sociales est subordonné au caractère obligatoire de ces garanties, les dispenses d'adhésion conformes aux dispositions de l'article R. 242-1-6 ne remettent pas en cause le caractère obligatoire des garanties et partant leur régime social favorable. L'article R. 242-1-6 dudit code n'instaure aucune dispense de plein droit. L'acte juridique support du régime (accord collectif, référendaire ou décision unilatérale) doit expressément prévoir les hypothèses de dispense d'adhésion, sauf à ce que le régime perde son caractère obligatoire. Par ailleurs, si la dispense d'adhésion est prévue, il ne s'agit que d'une faculté offerte au salarié qui remplit les conditions de cette dispense. La dispense d'adhésion ne peut en aucun cas être mise en place automatiquement par l'employeur au prétexte que le salarié se trouverait dans l'une des hypothèses de dispense envisagée par l'article R. 242-1-6 et prévue par la norme source du régime, il est indispensable qu'après information par l'employeur portant sur les facultés de dispense, le salarié ait fait le choix de ne pas adhérer au régime. V. art. R. 242-1-6 CSS.

⁴ Toutefois l'article 11 de la loi Evin dispose qu'« *Aucun salarié employé dans une entreprise avant la mise en place, à la suite d'une décision unilatérale de l'employeur, d'un système de garanties collectives contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ne peut être contraint à cotiser contre son gré à ce système* », loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JORF du 2 janv. 1990, p. 13, V.

959. De cette « triangulation juridique »¹ – employeur, organisme assureur, salariés – et de l'effet relatif des conventions, il ressort en premier lieu que la norme collective instaurant le régime de retraite ou de prévoyance dans l'entreprise (accord collectif ou référendaire ou décision unilatérale) n'est pas opposable à l'organisme assureur. Elle engage en revanche l'employeur à l'égard des salariés qui peuvent se prévaloir à son encontre de tous les engagements qu'il y a souscrits. Cette source étant inopposable à l'organisme assureur, il est dès lors essentiel que lors de la rédaction du contrat d'assurance groupe, l'employeur s'assure de l'exacte correspondance entre les engagements souscrits auprès des salariés, et les termes du contrat d'assurance groupe. Si, d'aventure, la couverture souscrite auprès de l'organisme assureur se révélait insuffisante au regard des stipulations instituant le régime de prévoyance ou de retraite supplémentaire dans l'entreprise, l'employeur serait le débiteur à titre principal de la charge complémentaire, dont le montant peut, dans certains cas, être extrêmement élevé. Il est ainsi capital que la norme collective support du système de garanties collectives et que le contrat d'assurance groupe aient une « vie strictement parallèle », et que toute évolution de l'un donne lieu à une évolution rigoureusement identique de l'autre, qu'il s'agisse d'une modification de leur contenu ou de la date à laquelle ils cessent de s'appliquer. En pratique, afin d'éviter un hiatus entre le régime de prévoyance ou de retraite supplémentaire issu de la norme collective et les prévisions du contrat d'assurance groupe, il est fréquent que celui-ci soit annexé à la norme collective y effectuant alors de nombreux renvois².

En second lieu, le contrat d'assurance groupe ne lie que le souscripteur, c'est-à-dire l'employeur, et l'organisme assureur. Si la stipulation pour autrui établit un lien contractuel entre l'assureur et l'assuré offrant ainsi la possibilité aux salariés de se prévaloir du contrat d'assurance groupe à l'égard de l'organisme assureur, toute clause restrictive de la garantie ne sera en revanche opposable au salarié qu'après la remise de la notice d'information³.

La couverture sociale offerte aux salariés dans le cadre de leur entreprise repose donc sur plusieurs supports : la norme collective, le contrat d'assurance groupe dont le bénéfice est subordonné à l'existence du « troisième support » : un contrat de travail⁴. Or, une

¹ L'expression est empruntée à Patrick MORVAN, *op. préc.*, p. 1068.

² En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 1075.

³ Pour un exposé particulièrement clair des divers mécanismes sur lesquels repose l'architecture de la protection sociale d'entreprise, V. P. MORVAN, *op. préc.*, p. 1068 et s.

⁴ Il convient à ce titre d'indiquer que s'il est relativement fréquent que le contrat de travail fasse référence au système de protection sociale complémentaire en vigueur dans l'entreprise, cette clause ne revêt pour autant qu'une valeur informative et ne contractualise donc pas le bénéfice du régime de garanties collectives qui peut dès lors être modifié ou supprimé sans que le salarié ne puisse invoquer une modification de son contrat de travail. Ainsi, « la seule référence dans le contrat individuel des salariés à l'existence d'un système de retraite

restructuration est susceptible d'affecter chacune de ces sources : elle peut non seulement remettre en cause l'application de la norme collective dans l'entreprise, mais également rendre nécessaire l'adaptation du régime à la nouvelle collectivité de travail issue de l'opération. De surcroît, il est envisageable qu'après un transfert d'entreprise, le repreneur estime que les garanties collectives dont bénéficiaient jusqu'alors les salariés représentent un coût trop élevé et décide de remettre en cause le régime, tout comme l'organisme assureur peut envisager de résilier le contrat d'assurance groupe après la restructuration dont il estimerait qu'elle génère un déséquilibre du fait de l'accroissement sensible des risques couverts. Enfin, une restructuration peut se traduire par le prononcé de licenciements pour motif économique entraînant la rupture du contrat de travail, lien indispensable entre le souscripteur (l'employeur) et l'assuré (le salarié) pour que ce dernier puisse relever du contrat d'assurance groupe.

Les restructurations sont donc susceptibles de remettre en cause le bénéfice de la couverture sociale instaurée au niveau de l'entreprise. Toutefois, le droit social tend à préserver la situation des salariés afin d'atténuer dans la mesure du possible l'impact de ces opérations sur la protection sociale complémentaire dont ils bénéficient. En matière de prévoyance complémentaire, la loi Evin du 31 décembre 1989 a ainsi instauré un certain nombre de garde-fous, afin de permettre notamment aux salariés de continuer à bénéficier des garanties collectives de prévoyance en dépit de la rupture du contrat d'assurance groupe ou de leur contrat de travail¹. Toutefois, les carences du législateur relatives au sort de la protection sociale complémentaire en cas de restructuration sont légion : dispositions imprécises, législation lacunaire ou relativement inefficace, à l'instar de la loi Veil du 8 août 1994 qui a échoué en matière de retraite supplémentaire, là où la loi Evin a partiellement réussi dans le domaine de la prévoyance². Néanmoins, la Cour de cassation a une fois de plus joué un rôle important notamment en imposant le maintien des prestations en cas de rupture du contrat de travail. De même, l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 a instauré le mécanisme de la portabilité des garanties collectives en cas de rupture du contrat de travail³,

n'impliquait pas que ce régime de retraite était un élément du contrat de travail des salariés », en ce sens, Cass. soc., 1^{er} oct. 2003, n° 02-30.337, inédit ; dans le même sens Cass. soc., 6 juin 2007, Bull. civ. V, n° 93 ; JCP S 2007, 1590, note P. COURSIER ; RJS 11/07, n° 1210 ; Cass ; soc. 4 juil. 2007, n° 05-45.688, inédit ; S. MILLET, « La contractualisation ne se présume pas ! », SSL 2007, n° 1324, p. 13.

¹ Loi n° 89-1009, du 31 déc. 1989, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JORF du 2 janv. 1990, p. 13.

² En ce sens, P. LAIGRE, « La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994 », Dr. soc. 1995, p. 411 ; Loi n° 94-678, du 8 août 1994, relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, JORF, du 10 août 1994, p. 11655.

³ ANI du 11 janv. 2008 sur la modernisation du marché du travail, art. 14, modifié par l'avenant du 18 mai 2009.

mécanisme consacré par la loi du 14 juin 2013¹, qui a pris le soin de l'articuler avec les dispositions des articles 2, 4 et 5 de la loi Evin assurant le maintien de certaines garanties et prestations en cas de rupture du contrat de travail ou de rupture du contrat d'assurance groupe.

Si aucune de ces sources, légales, conventionnelles ou jurisprudentielle, n'édicte de règle spécifiquement dédiée au sort des garanties et prestations de protection sociale complémentaire en cas de restructuration, cet ensemble quelque peu hétérodoxe permet tout de même de préserver autant que possible le droit des salariés à bénéficier de la protection sociale complémentaire instaurée dans l'entreprise en dépit de l'opération. Si celle-ci affecte le plus souvent la norme collective source des garanties collectives (A), le droit social protège la situation des salariés en assurant dans la mesure du possible le maintien des droits acquis, de la garantie et du versement des prestations (B).

A - L'impact des restructurations sur les normes collectives sources de la protection sociale complémentaire.

Outre les dispositions législatives et réglementaires, l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale envisage trois types de normes susceptibles de mettre en place des garanties collectives dans l'entreprise : les conventions ou accords collectifs, la ratification par la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise (accord référendaire) ou la décision unilatérale de l'employeur. Non seulement ces différentes sources sont susceptibles d'être affectées par la réalisation d'une restructuration, mais l'employeur peut également juger nécessaire, une fois l'opération réalisée, de réviser le régime de protection sociale complémentaire afin de l'adapter aux nouvelles conditions sociales de l'entreprise issue de la restructuration, voire estimer indispensable de le dénoncer pour réduire les charges de l'entreprise que constituent les cotisations. Il sera en revanche tenu de maintenir la couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais de santé dont le bénéfice doit être offert au 1^{er} janvier 2016 au plus tard à l'ensemble des salariés du secteur privé en application de l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale.

L'impact de la restructuration est dès lors fonction de la norme ayant institué le régime : le sort d'un accord collectif et ses modalités de révision ou de dénonciation (2)

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

diffèrent en effet de ceux d'un régime instauré par accord référendaire ou décision unilatérale (3). Par ailleurs, la restructuration de l'entreprise peut, lorsqu'elle emporte par exemple un changement d'activité principale, modifier la convention de branche applicable dans l'entreprise et imposer la mise en conformité du régime en vigueur dans l'entreprise à celui instauré au niveau de la branche (1).

1 - L'obligation d'adapter les garanties collectives aux dispositions de la convention collective de branche rendue applicable par la restructuration.

960. Un accord collectif de branche peut instaurer un régime de protection sociale s'imposant aux entreprises comprises dans son champ d'application, lesquelles sont alors tenues d'offrir à leurs salariés le bénéfice des garanties prévues par l'accord. Pour mémoire, l'article 1^{er} de la loi du 14 juin 2013 imposait, avant le 1^{er} juin 2013, l'ouverture d'une négociation au niveau des branches *« afin de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident dont [les] garanties et la part de financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que [celles de] la couverture minimale mentionnée au II de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale, (...), d'accéder à une telle couverture avant le 1^{er} janvier 2016 »*. Outre cette couverture frais de santé, les accords de branche peuvent imposer aux entreprises la mise en place d'autres garanties de prévoyance complémentaire. L'accord de branche peut ainsi exiger que soit offert aux salariés de la branche un système de retraite supplémentaire, tout en laissant le soin aux partenaires sociaux au niveau de l'entreprise d'opter pour un régime de retraite à cotisation définies ou à prestations définies. De même, il peut se contenter de définir les risques contre lesquels l'employeur doit assurer son personnel, en laissant le soin aux partenaires sociaux au niveau de l'entreprise de fixer les conditions du bénéfice de telle ou telle prestation, les modalités de financement, etc.

L'accord de branche peut être plus contraignant en déterminant tout ou partie du système de protection sociale complémentaire qu'il s'agisse des risques garantis, des prestations obligatoires (rente orphelin, capital décès, etc.), de la répartition du financement des cotisations entre employeur et salariés, ou de la prise en charge exclusive par l'entreprise du financement de certaines garanties, etc.

Si, après une restructuration, une entreprise entre dans le champ d'application d'un tel accord, parce que, à l'inverse de son prédécesseur, le nouvel employeur est adhérent à l'une des organisations signataires, ou que l'opération a modifié l'activité principale de l'entreprise par exemple, celle-ci devra se conformer aux stipulations instaurées au niveau de la branche. En effet, l'article L. 2253-3 du Code du travail dispose expressément que les accords d'entreprise ne peuvent déroger aux conventions et accords de branche en ce qui concerne les « *garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale* ». Ainsi, sauf si le système en vigueur dans l'entreprise avant la restructuration offre aux salariés une couverture sociale complémentaire plus favorable que celle instaurée au niveau de la branche, l'employeur devra adapter les garanties collectives accordées aux salariés afin de se conformer au régime défini au niveau de la branche¹. Si, lorsque la restructuration modifie la convention de branche applicable dans l'entreprise, l'employeur peut être tenu de modifier le système de protection sociale complémentaire jusqu'alors en vigueur pour le mettre en conformité avec les stipulations de l'accord de branche ; s'il a souscrit un contrat d'assurance groupe auprès d'un organisme différent de celui ou ceux recommandés par l'accord de branche, il ne pourra en revanche être contraint de changer d'organisme assureur.

En effet, il était assez fréquent que les accords de branche, professionnels ou interprofessionnels prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes assureurs désignés dans l'accord. Ces clauses de désignation étaient relativement courantes dans les accords instaurant un régime de protection sociale complémentaire, puisqu'en obligeant toutes les entreprises de la branche à adhérer au même organisme assureur, elles permettaient d'obtenir une réelle mutualisation des risques et ainsi une couverture optimale à des tarifs intéressants. Ces clauses organisaient une sorte de solidarité au niveau de la branche qui justifiait que toutes les entreprises relevant de l'accord soient tenues d'adhérer à l'organisme conventionnellement désigné en application de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité, dont l'alinéa 2, tel qu'interprété par la Chambre sociale de la Cour de cassation, imposait aux entreprises ayant souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de s'affilier au régime géré par l'institution désigné par celui-ci².

¹ Art. L. 2253-2, C. trav.

² Cass. soc., 10 oct. 2007, Bull. civ. V, n° 155 ; en ce sens également CA Paris, 28 janv. 2004, préc. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation estimait pour sa part que « *le principe d'adaptation prévu [par l'article L. 912-1, al. 2,] avait nécessairement pour objet de permettre aux entreprises concernées par un accord de mutualisation de conserver leur liberté d'adhésion pourvu que la garantie des risques par elles souscrite antérieurement à l'accord soit équivalente à la garantie visée par celui-ci* », Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 2005, n° 04-12.981, inédit ; en ce sens également CA Paris, 28 janv. 2004, JCP E 2005, 1028, note F. WISMER.

Cet article a été déclaré inconstitutionnel par les Sages qui ont estimé « *que, si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, notamment en prévoyant que soit recommandé au niveau de la branche un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné ou en offrant la possibilité que soient désignés au niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence, il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini* »¹. Le Conseil constitutionnel a ainsi censuré cet article dont les dispositions portaient, selon lui, « *à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques* »².

Si les clauses de désignation et de migration étaient l'objet de critiques et que les signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 souhaitent les interdire³, la CJUE, dont la jurisprudence est plutôt libérale et protectrice de la liberté d'entreprendre et de la libre concurrence, avait pourtant estimé que ce texte n'était pas contraire au droit européen, et avait ainsi validé le fait que le législateur impose le respect, non seulement des clauses de désignation, mais également des clauses de migration rendant impératif, sans possibilité de dispense, l'adhésion à l'organisme assureur désigné, y compris aux entreprises affiliées auprès d'un autre organisme⁴.

¹ Cons. const., déc. n° 2013-672 DC, du 13 juin 2013, JO du 16 juin 2013, p. 9976, cons. 11. Sur cette décision V. F. KESSLER, art. préc. ; M. DEL SOL, art. préc. ; G. ECKERT, « Ouelle place pour la libre concurrence ? », Rev. iur. de l'éco. pub. 2014, n° 718, comm. 18 ; J. BATHELEMY, « Les fondamentaux du droit de la « PSC », Dr. so. 2013, p. 873 ; J.-F. AKANDJI-KOMBE, « Clause de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite. droit de la négociation collective et liberté économique – Entre droits communautaire et européen et droit constitutionnel », Dr. soc. 2013, n. 880. Après avoir censuré l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il n'y avait plus lieu de refaire de contrôle de constitutionnalité sur ce texte Cons. const., déc. n° 2013-349 QPC, du 18 oct. 2013, JO du 20 oct. 2013, p. 17279.

² Cons. const., déc. n° 2013-672 DC, du 13 juin 2013, préc., cons. 13.

³ ANI du 11 janv. 2013, préc., art. 1^{er} ; sur cette stipulation de l'ANI V. F. WISMER, « Clause de désignation – De quelques problèmes à régler au préalable... », SSL 2013, n° 1580 ; G. BRIENS, « La mutualisation professionnelle des risques. À propos de l'article 1^{er} de l'ANI du 11 janvier 2013 », SSL 2013, n° 1580.

⁴ CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-67/96, *Albany et a.*, AJDA 2000. 307, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. DE BERGUES. ; *ibid.* 808, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. DE BERGUES. ; Dr. soc. 2000. 106, note X. PRETOT. ; *ibid.* 2003. 751, chron. S. VAN RAEPENBUSCH ; RDSS 2000. 212, étude F. MULLER. ; RTD eur. 2000. 335, chron. J.-B. BLAISE et CJCE, 21 sept. 2000, aff. C-222/98, *Van der Woude*, D. 2000. 410 ; RTD com. 2001. 537, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO. ; RTD eur. 2002. 103, chron. L. IDOT ; *ibid.* 339, chron. J.-B. BLAISE, J. BARTHELEMY, « Clauses de désignation et droit de la concurrence », Dr. soc. 2011. 853 ; CJUE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R/Beaudout*, JCP S 2011, 1146, note S. BEAL et P. KLEIN. ; AJDA 2011. 1007, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; RFDA 2011. 1225, chron. L. CLEMENT-WILZ, F. MARTUCCI et C. MAYEUR-CARPENTIER ; RSC 2012. 315, chron. L. IDOT ; RTD eur. 2011. 829, obs. J.-B. BLAISE ; J. BARTHELEMY, « Clauses de désignation et de migration au regard du droit communautaire », JSL 24 mars 2011, n° 296.

La censure des clauses de désignation et de migration par le Conseil constitutionnel, qui s'inscrit dans la lignée de l'avis de l'Autorité de la concurrence¹, apparaît critiquable, puisqu'elle risque d'entraîner une hausse des tarifs des garanties collectives en mettant à mal la mutualisation, alors même que la demande de contrats de protection sociale complémentaire va s'accroître avec la généralisation de la couverture frais de santé². Afin de favoriser la mutualisation et la solidarité entre entreprises d'une même branche optimisant la couverture complémentaire des salariés, le législateur a souhaité que, pour les contributions de l'employeur destinées au financement des prestations complémentaires de prévoyance prévues par l'accord, les entreprises affiliées à un organisme différent de celui (ceux) recommandé(s) par la convention de branche soient assujetties à un taux de forfait social plus élevé que celui de celles qui sont affiliées au ou à l'un des organismes recommandés ; cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel³.

Désormais, une restructuration induisant un changement de convention de branche applicable dans l'entreprise peut donc seulement la contraindre à modifier le régime de protection sociale complémentaire en vigueur jusqu'alors, pour le mettre en conformité avec celui instauré au niveau de la branche, sauf si le régime en vigueur dans l'entreprise est plus favorable. En revanche, une telle opération ne peut plus imposer aux entreprises de souscrire un contrat d'assurance groupe auprès de l'un des organismes recommandés par la branche. Il est toutefois envisageable que l'entreprise ait intérêt à résilier le contrat d'assurance groupe souscrit auprès de l'organisme initial, et à affilier ses salariés auprès de l'un des organismes recommandés par l'accord de branche, notamment parce que leurs tarifs sont plus intéressants que ceux appliqués par l'assureur initial.

Une restructuration peut donc imposer l'adaptation du régime de garanties collectives instauré dans l'entreprise aux stipulations prévues au niveau de la branche en matière de protection sociale complémentaire. Les modalités d'adaptation du régime diffèrent selon la source collective support du régime. De même, les restructurations n'affectent pas de la même

¹ Autorité de la concurrence, avis n° 13-A-11, du 29 mars 2013.

² Pour une critique de cette décision, V. not. J. BARTHEMELY, art. préc. ; J.-F. AKANDJI-KOMBE, art. préc.

³ En effet le législateur avait prévu « *lorsque l'entreprise est couverte par un accord professionnel ou interprofessionnel comportant une clause de recommandation, dans les conditions prévues à l'article L. 912-1, mais choisit de souscrire un contrat auprès d'un autre assureur que le ou les organismes assureurs recommandés, les contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de prévoyance sont assujetties au forfait social* » au taux de 20 % pour les entreprises d'au moins dix salariés et au taux de 8 % pour celles de moins de dix salariés. Le Conseil constitutionnel a jugé que ces différences de traitement entraînaient une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques et a donc déclaré cette disposition contraire à la Constitution, Cons. const., déc. n° 2013-682 DC, du 19 déc. 2013, JO du 24 déc. 2013, p. 21069 ; JCP S 2014, 1002 et 1020.

façon les garanties collectives offertes aux salariés selon qu'elles ont été instaurées par accord référendaire, décision unilatérale de l'employeur ou accord collectif.

2 - L'impact d'une restructuration sur l'accord collectif instaurant les garanties collectives au profit des salariés.

961. Les régimes de retraite supplémentaire comme les garanties collectives contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique ou liés à la maternité, le risque incapacité ou inaptitude, ou encore les risques décès ou chômage, peuvent être instaurés par un accord collectif d'entreprise¹. Or, la réalisation d'une restructuration est susceptible d'affecter l'application de cet accord, ou de rendre nécessaire son adaptation à la nouvelle réalité sociale de l'entreprise issue de cette opération. L'application du droit des accords collectifs de travail aux accords mettant en place des régimes de retraite supplémentaire ou de prévoyance complémentaire a suscité un vif débat doctrinal². Certains auteurs estimaient, en effet, que les dispositions prévues par le Code du travail en matière de révision, de dénonciation ou de mise en cause des accords collectifs de travail étaient inapplicables aux accords mettant en place des régimes de protection sociale complémentaire notamment parce que, selon eux, ces dispositions étaient inadaptées aux particularités de ces accords. Ainsi, Jean-Jacques DUPEYROUX estimait que le fait que les textes relatifs aux accords collectifs de travail ne visent que les salariés, à l'exclusion des retraités, constituait un obstacle à l'application aux accords de retraite supplémentaire des articles relatifs à la mise en cause ou à la dénonciation ; obstacle particulièrement difficile à contourner, selon lui, du fait de l'inadaptation du concept d'avantage individuel acquis en matière de protection sociale complémentaire³. D'autres soulignaient l'inadéquation des textes relatifs aux accords collectifs de travail aux accords de prévoyance et de retraite, qui ont vocation à créer au profit des salariés des avantages qui perdurent bien au-delà de la rupture de leur contrat de travail⁴.

Si la loi Veil du 8 août 1994 a introduit dans le Code de la sécurité sociale l'article L. 911-3 qui prévoit que les dispositions du Code du travail relatives aux conventions et

¹ Art. L. 911-1 CSS.

² Pour un résumé de ce débat V. H. OUAISSI, th. préc., p. 182 et s, V. également les articles relatifs aux positions opposées des Professeurs DUPEYROUX et LANGLOIS : J.-J. DUPEYROUX, « Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés », Dr. soc. 1994, p. 827 et P. LANGLOIS, « Les accords de prévoyance », in *Etudes offertes à J. BARTHELEMY*, Dr. trav., hors série, 1994, p. 57.

³ J.-J. DUPEYROUX, art. préc.

⁴ J. BARTHELEMY, « Droits collectifs des salariés et nouveaux droit de la prévoyance » Dr. soc. 1990, p. 365.

accords collectifs de travail sont applicables aux accords mettant en place un système de garanties collectives au profit des salariés¹, le débat n'est pas véritablement clos. Certains auteurs estiment toujours que ces textes sont inadaptés aux spécificités des accords de protection sociale complémentaire, et souhaitent à ce titre que le législateur intervienne pour adopter des dispositions spécifiques au sort des accords de protection sociale complémentaire, en cas de restructuration². Dans l'attente d'une très hypothétique intervention en ce sens, les accords collectifs de protection sociale complémentaire sont donc soumis au droit commun des accords collectifs de travail.

962. Révision de l'accord collectif instaurant un régime de protection sociale complémentaire. La restructuration de l'entreprise peut rendre nécessaire la révision du système de garanties collectives offertes aux salariés, afin de l'adapter à la nouvelle convention de branche applicable ou à la collectivité issue de l'opération. Pour ce faire, et dans la mesure où les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire sont soumis au droit commun des conventions et accords collectifs de travail, l'employeur devra respecter les dispositions des articles L. 2261-7 et suivants du Code du travail. Si toutes les organisations syndicales représentatives de l'entreprise issues de la restructuration doivent être invitées à la négociation de l'avenant de révision³, seuls les signataires initiaux sont habilités à conclure l'avenant⁴, qui se substitue de plein droit aux dispositions de l'accord révisé⁵. Si, comme nous le verrons ultérieurement, la modification d'un régime de protection sociale complémentaire résultant de la révision de l'accord collectif qui en est le support ne peut remettre en cause les droits acquis des salariés, ou des retraités, l'avenant de révision leur est en revanche opposable. Ainsi, *« hormis la rente viagère financée par leurs propres cotisations, les salariés dont l'admission à la retraite [est] postérieure à la date d'entrée en vigueur du nouveau régime résultant de [l'avenant de révision qui] se substituait [à l'accord de retraite supplémentaire d'origine], n'ont aucun droit acquis à bénéficier d'une liquidation*

¹ Loi n° 94-678, du 8 août 1994, préc. Cependant, l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale prévoit des modalités particulière d'extension : *« Toutefois, lorsque les accords ont pour objet exclusif la détermination des garanties mentionnées à l'article L. 911-2, leur extension aux salariés, aux anciens salariés, à leurs ayants droit et aux employeurs compris dans leur champ d'application est décidée par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé du budget, après avis motivé d'une commission dont la composition est fixée par décret. »*, art. L. 911-3 CSS.

² En ce sens, V. not. H. OUAISSI, th. préc.

³ Cass. soc., 26 mars 2002, Bull. civ. V, n° 107 ; Dr. soc. 2002, p. 620, obs. M.-L. MORIN ; Cass. soc., 17 sept. 2003, Bull. civ. V, n° 240.

⁴ Art. L. 2261-7 C. trav.

⁵ Art. L. 2261-8 C. trav.

de leur retraite supplémentaire selon les modalités du régime [initial], dont les prestations, quoique définies, n'étaient pas garanties »¹.

Une restructuration d'entreprise peut donc être l'occasion d'une modification du régime de prévoyance complémentaire en vigueur dans l'entreprise, étant rappelé que l'employeur devra prendre garde, à mener parallèlement à la négociation de l'avenant de révision de l'accord, la renégociation du contrat d'assurance groupe avec l'organisme assureur auprès duquel il a affilié ses salariés. En effet, si, par exemple, l'avenant de révision supprime la couverture d'un risque jusque-là garanti par l'accord initial moyennant une cotisation de l'employeur auprès de l'organisme assureur et que le contrat d'assurance groupe n'est pas modifié en conséquence, l'employeur devra continuer à verser à l'assureur la cotisation prévue au contrat dans la mesure où l'avenant, à l'instar de l'accord initial, est inopposable à l'organisme assureur.

À l'inverse, si la révision de l'accord entraîne la mise en place d'une nouvelle garantie qui n'est pas prévue au contrat d'assurance groupe, les salariés pourront engager la responsabilité de l'employeur. Si ce dernier a purement et simplement omis d'assurer ses salariés contre un risque dont la couverture est pourtant prévue par l'accord collectif instaurant le régime de prévoyance complémentaire, il sera condamné à les indemniser à hauteur du préjudice résultant de l'absence de garantie dont ils croyaient légitimement bénéficier². À la différence des hypothèses dans lesquelles l'employeur n'a pas transmis aux salariés la notice d'information relative au nouveau contrat d'assurance, dans lesquelles il ne doit réparer que le préjudice consistant en la perte d'une chance de bénéficier des garanties prévues au contrat³, il devra dans de telles circonstances indemniser les salariés en leur versant des dommages et intérêts équivalents à la valeur des garanties perdues par sa faute,

¹ Cass. soc., 28 mai 2002, Bull. civ. V, n° 181 ; P. COURSIER, « La révision d'un accord de retraite supplémentaire et ses conséquences », Dr. soc. 2002, p. 874.

² Cass. soc., 8 novembre 1994, Bull. civ. V, n° 293 ; Cass. soc., 5 avril 2006, n° 04-42.105, inédit : *"l'employeur n'avait pas prévenu ses employés de la modification du contrat d'assurance ; que par ce seul motif elle a, sans encourir les griefs du moyen caractérisé l'attitude fautive de l'employeur qui n'a pas permis au salarié de se prévaloir au jour de la déclaration de sa maladie invalidante du contrat d'assurance en cours"* ; Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-15.124, inédit : *"ayant constaté que la salariée avait subi un préjudice consistant dans l'absence d'indemnisation complémentaire pendant toute la période de son arrêt maladie, en raison du défaut d'affiliation par l'employeur au régime conventionnel de prévoyance, la cour d'appel a souverainement apprécié l'étendue de ce préjudice en l'évaluant à la perte des indemnités complémentaires non perçues"*. Sur cette question, V. J.-F. CÉSARO, « Protection sociale d'entreprise et assurance », Dr. soc. 2006, p. 165 ; Cass. soc., 19 mars 2014, n° 12-24.976, à paraître au Bulletin, C. RADÉ, « La responsabilité civile de l'employeur coupable d'avoir ignoré son obligation de souscrire une assurance groupe garantissant le risque invalidité », Lexbase hebdo, éd. soc. n° 565, N° LXB : N1573BUS.

³ Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 98-43.819, inédit ; Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-44.311, inédit ; Cass. soc., 18 mai 2011, Bull. civ. V, n° 119 : *"le préjudice subi par le salarié résultait de sa perte de chance d'obtenir, par une souscription individuelle à un contrat de prévoyance, une garantie comparable et ne pouvait être équivalent au montant de la garantie invalidité prévue par le contrat d'assurance de groupe"* ; Cass. civ. 2, 15 décembre 2011, Bull. civ. II, n° 228. Sur l'obligation de transmettre la notice aux salariés.

sans que les dommages et intérêts ne puissent être réduits en application de la théorie de la perte de chance. Cette solution ne peut qu'être approuvée dans la mesure où la théorie de la perte d'une chance, qui entraîne une réduction de l'indemnisation afin de tenir compte du doute relatif au fait générateur du dommage, n'a vocation à s'appliquer que lorsqu'existe un aléa dans l'appréciation de l'imputabilité du préjudice. Or, lorsque, par exemple, l'accord prévoit le versement d'une rente invalidité qui n'est subordonnée qu'à une condition d'ancienneté, remplie par la salariée, il n'existe aucune incertitude sur le fait générateur du dommage : c'est le manquement de l'employeur qui aurait dû souscrire un contrat d'assurance conforme aux prévisions de l'accord¹. Dans cette hypothèse les juges doivent donc octroyer aux salariés une indemnisation dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'avantage perdu².

Il est donc primordial que l'employeur s'assure de l'exacte correspondance entre les dispositions de l'avenant de révision et le contrat d'assurance groupe qu'il lui appartient de résilier afin d'en conclure un nouveau. Il est à ce titre essentiel que le contrat d'assurance groupe initial et l'accord révisé cessent de s'appliquer concomitamment, et que le nouveau contrat d'assurance groupe prenne effet au jour de l'entrée en vigueur de l'avenant de révision du régime de retraite supplémentaire ou de prévoyance. En pratique, afin de s'assurer de la stricte correspondance entre la date de résiliation du contrat d'assurance groupe et celle de la cessation de l'application de l'accord initial, les contrats d'assurance groupe contiennent le plus souvent une clause prévoyant l'expiration du contrat et de l'accord initial à la même date³. La stricte correspondance entre les stipulations du contrat d'assurance groupe et les dispositions de l'accord de protection sociale complémentaire, ainsi qu'entre leurs dates d'expiration, doit également être assurée en cas de dénonciation ou de mise en cause de l'accord instaurant les garanties collectives du fait de la restructuration.

963. Dénonciation de l'accord de protection sociale complémentaire ou mise en cause du fait de la restructuration. Une restructuration peut inciter l'employeur à dénoncer l'accord collectif ayant instauré au profit des salariés un régime de retraite supplémentaire ou de prévoyance, entraînant ainsi l'application des articles L. 2261-9 et suivants du Code du travail. Dénoncer l'accord peut en effet être nécessaire, notamment lorsque le système institué se révèle trop coûteux pour l'entreprise issue de l'opération ou inadapté au nouveau contexte

¹ En ce sens, C. RADÉ, art. préc.

² Cass. soc. 8 nov. 1994, préc. ; Cass. soc., 5 avr. 2002, préc. Cass. soc. 19 mars 2014, préc.

³ En ce sens, H. OUAISSI, th. préc., p. 347.

social de l'entreprise, particulièrement lorsque coexistent après l'opération différents régimes de protection sociale complémentaire. Par ailleurs, à l'instar des accords collectifs de travail conclus au niveau de l'entreprise, les accords de protection sociale complémentaire sont mis en cause en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur¹. Ainsi, le nouvel employeur n'ayant pas conclu l'accord, l'entreprise ou l'établissement cédé sort du champ de l'accord de protection sociale complémentaire, entraînant ainsi l'application de l'article L. 2261-14 du Code du travail. L'accord instaurant un système de retraite supplémentaire ou de prévoyance est donc mis en cause. Dénonciation d'un accord d'entreprise par l'employeur et mise en cause d'un accord collectif induisent les mêmes conséquences : l'accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord de substitution ou, à défaut, pendant un délai de quinze mois², à l'issue duquel en l'absence d'accord de substitution les salariés conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis en application de l'accord dénoncé ou mis en cause³.

Lorsque la restructuration entraîne la mise en cause de l'accord conclu par l'ancien employeur, alors même qu'existe chez le nouveau un système de retraite supplémentaire ou de prévoyance complémentaire, les salariés repris, à l'exclusion de ceux qui étaient déjà en poste dans l'entreprise cessionnaire avant la restructuration, peuvent se prévaloir des deux systèmes de garanties collectives. Pour autant, ils ne peuvent cumuler les avantages issus des systèmes de garanties collectives du cédant et du cessionnaire ; ils bénéficient seulement du plus favorable des deux, si tant est qu'une comparaison entre les avantages soit réellement possible...⁴. À la date du transfert, si les salariés transférés sont soumis au système de protection sociale complémentaire préexistant à la restructuration dans l'entreprise d'accueil, et bénéficient à ce titre de ses avantages, ils doivent également se conformer aux obligations, notamment de cotisation, prévues par ce régime, sauf à pouvoir se prévaloir de dispositions plus favorables dans leur système d'origine. Toutefois, en présence d'un régime de garanties collectives instauré dans l'entreprise cessionnaire par décision unilatérale de l'employeur antérieure au transfert⁵, la Cour de cassation considère que les salariés peuvent refuser d'adhérer au régime⁶. Cette solution est fondée sur l'article 11 de la loi Evin en vertu duquel

¹ V. les hypothèses de mise en cause.

² Délai de préavis de trois mois auquel s'ajoute le délai de survie d'un an.

³ Sur le mécanisme de la mise en cause.

⁴ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.* p. 1119.

⁵ À l'exclusion des systèmes mis en place par accord collectif ou référendaire, sauf à relever des dispositions de l'article R. 242-1-6 CSS relatif aux dispenses d'adhésion.

⁶ Cass. soc., 4 janvier 1996, Bull. civ. V, n° 3 ; RJS 1996, n° 466 ; Dr. soc. 1996, p. 163, obs. J.-J. DUPEYROUX.

aucun salarié employé avant la mise en place par décision unilatérale d'un système de garanties collectives ne peut être contraint de cotiser contre son gré à ce système¹. La Cour de cassation déduit de la généralité des termes de ce texte qu'il a vocation à s'appliquer aux salariés repris en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail qui peuvent donc refuser de cotiser au régime de protection sociale mis en place par décision unilatérale de leur nouvel employeur avant le transfert². Si les salariés transférés en application de l'article L. 1224-1 peuvent refuser d'adhérer au régime de protection sociale complémentaire instauré par décision unilatérale du nouvel employeur, ils peuvent à l'inverse décider d'y être affiliés et dès lors se prévaloir non seulement dudit régime mais aussi de celui en vigueur chez leur ancien employeur pendant le délai de survie de l'accord mis en cause qui en est le support.

Le nouvel employeur a donc tout intérêt à conclure au plus vite un accord de substitution non seulement pour mettre fin à cette situation de cumul relativement coûteuse mais aussi pour éviter toute contractualisation des avantages individuels acquis par les salariés sur le fondement de l'accord dénoncé ou mis en cause. Surtout, la conclusion d'un accord de substitution s'avère particulièrement appropriée pour procéder à l'unification du régime de protection sociale complémentaire en vigueur dans l'entreprise afin que tous les salariés relèvent des mêmes garanties collectives. L'accord de substitution instaurant le nouveau régime de prévoyance et/ou de retraite supplémentaire sera immédiatement opposable aux salariés en poste, mais aussi aux retraités puisque les syndicats professionnels ont qualité pour représenter les retraités³.

964. Avantages individuels acquis. Si aucun accord de substitution n'est conclu avant l'issue du délai de survie de l'accord de protection sociale complémentaire dénoncé ou mis en cause, les salariés conservent les avantages individuels acquis sur son fondement, qui s'intégreront à leur contrat⁴. Pour mémoire, la Cour de cassation définit l'avantage individuel acquis comme « *celui qui, au jour de la [mise en cause ou de la dénonciation] de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il*

¹ Loi n° 89-1009, du 31 déc. 1989, préc., art. 11.

² Cass. soc., 4 janvier 1996, Bull. civ. V, n° 3 ; RJS 1996, n° 466 ; Dr. soc. 1996, p. 163, obs. J.-J. DUPEYROUX.

³ Cass. soc., 31 mai 2001, Bull. civ. V, n° 200 ; Dr. soc. 2001, p. 744 ; RJS 11/2001, n° 1348. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que « *les salariés mis à la retraite avant la dénonciation de l'accord collectif (...), reprenant le régime de retraite à prestations définies institué unilatéralement par l'employeur en 1950, avaient droit au maintien du niveau de pension atteint au jour de la dénonciation avec les modalités de revalorisation initiales jusqu'à l'accord collectif de substitution (...), sans pouvoir se prévaloir, au-delà de cette date, des modalités de revalorisation instituées par l'accord collectif dénoncé qui constituent un avantage collectif et non un avantage individuel* », Cass. soc., 17 mai 2005, Bull. civ. V, n° 170

⁴ Art. L. 2261-13 (dénonciation) et L. 2261-14 (mise en cause) C. trav.

bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel »¹. Cette définition se révèle relativement inadaptée aux accords de protection sociale complémentaire, dans la mesure où, en cette matière, on raisonne en termes de droits ou de prestations acquises (prestation immédiates ou différées) en application notamment des dispositions de la loi Evin. Nous nous contenterons d'indiquer ici qu'en matière de prévoyance : un droit se mue en avantage individuel acquis à la date de réalisation du risque et à la stricte condition que le salarié ait rempli les conditions conventionnelles pour en bénéficier, avant l'expiration du délai de survie de l'accord mis en cause ou dénoncé². Ainsi, en présence d'un accord prévoyant le maintien du salaire, sous déduction des indemnités journalières versées par la sécurité sociale, en cas de congé maladie, la Cour de cassation estime que, dès lors que le salarié a été placé en congé maladie après l'expiration du délai de survie de l'accord dénoncé, il n'a aucun droit acquis au maintien de son salaire pour ce congé maladie, peu important qu'il ait déjà bénéficié de cet avantage pour des congés maladie antérieurs³.

Pour ce qui concerne les accords de retraite supplémentaire, le droit à pension n'est qu'éventuel jusqu'à la liquidation de la retraite, date à laquelle il se mue en droit acquis pour ce qui concerne les régimes à prestations définies, alors que pour les régimes à cotisations définies la mutation en droit acquis se réalise progressivement, tout au long de la carrière du salarié. Nous approfondirons ultérieurement l'étude de la notion de droits acquis en matière de protection sociale complémentaire et la protection offerte aux salariés par le droit social en la matière. En effet, si les restructurations sont susceptibles d'affecter la source collective support du régime de protection sociale complémentaire un certain nombre de garde-fous sont mis en place par le droit social afin de préserver les droits acquis des salariés.

Une restructuration peut donc entraîner la mise en cause de l'accord de protection sociale complémentaire ou rendre sa révision ou sa dénonciation nécessaire, afin d'harmoniser le statut collectif de la nouvelle communauté de salariés issue de cette opération. L'inadaptation de l'application du droit commun des accords collectifs de travail au sort des accords de protection sociale complémentaire en cas de restructuration a été à maintes reprises soulignée par d'éminents auteurs, qui regrettent également l'absence de

¹ Cass. soc., 13 mars 2001, Bull. civ. V, n° 90 ; LPA 2001, n° 98, p. 12, note G. PICCA et A. SAURET ; Dr. soc. 2001, p. 571, obs. C. RADÉ ; RJS 5/01, n° 621.

² En ce sens, P. MORVAN, « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration », Dr. soc. 2006, p. 279.

³ Cass. soc., 18 mars 2009, préc.

réglementation spécifique au sort des régimes de protection sociale complémentaire instaurés par accord référendaire ou décision unilatérale de l'employeur en cas de transfert d'entreprise.

3 - L'impact d'une restructuration sur l'accord référendaire ou la décision unilatérale de l'employeur instaurant un régime de garanties collectives au profit des salariés.

965. Si l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale prévoit qu'un régime de garanties collectives peut être instauré par un accord référendaire ratifié par la majorité des salariés, ou par une décision unilatérale du chef d'entreprise, le législateur n'a pas déterminé le sort des régimes de protection sociale complémentaire instaurés par l'une ou l'autre de ces sources en cas de restructuration. Ainsi, après avoir énoncé que les dispositions des articles L. 2251-1, L. 2222-4 et L. 2314-25 du Code du travail sont applicables aux accords référendaires¹, l'article L. 911-5 du Code de la sécurité sociale, introduit en 1994 par la loi Veil², prévoit qu'un décret doit définir les conditions dans lesquelles un accord référendaire instaurant des garanties collectives est mis en cause en cas de restructuration, ainsi que la durée de préavis précédant la dénonciation de cet accord. L'alinéa 2 de ce texte poursuit en indiquant que ce même décret doit également déterminer les conditions dans lesquelles un accord collectif peut se substituer à la décision unilatérale ou à l'accord référendaire ayant instauré le régime de garanties collectives, ainsi que les modalités selon lesquelles un accord référendaire se substitue à une décision unilatérale de l'employeur. On ne peut dès lors que regretter que vingt ans après l'adoption de ce texte, ce décret ne soit toujours pas paru. Faute de précisions réglementaires sur le sort des régimes de protection sociale complémentaire instaurés par accord référendaire ou décision unilatérale, la jurisprudence, aidée de la doctrine, a dû combler cette lacune.

966. Assimilation de l'accord référendaire à l'engagement unilatéral. Dans la mesure où l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale ne vise que certains articles du Code du travail relatifs aux accords collectifs de travail, à l'exclusion des articles L. 2261-7, L. 2261-9 et L. 2261-14, il se déduit que le législateur n'a pas entendu soumettre ces accords

¹ En réalité, cet article du Code de la sécurité sociale n'a pas été actualisé après la recodification du Code du travail et il vise encore les articles « L. 132-4, L. 132-6 et L. 423-15 », devenus respectivement L. 2251-1, L. 2222-4 et L. 2314-25 C. trav.

² Loi n° 94-678, du 8 août 1994, préc.

à l'ensemble du régime juridique applicable aux accords collectifs de travail. Dans une affaire antérieure à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi Veil, la Cour de cassation avait énoncé « *qu'un régime complémentaire de retraite, qu'il ait été créé par voie d'accord collectif ou à la suite de la ratification par la majorité des intéressés d'une proposition de l'employeur, peut indifféremment être modifié ou révisé selon l'une ou l'autre de ces formes* »¹. Face au silence du pouvoir réglementaire depuis 1994 et à l'absence jurisprudence explicite sur cette question, certains auteurs estiment que les accords référendaires relèvent du régime applicable aux usages et engagements unilatéraux². Cette position semble confirmée par un arrêt inédit de la Cour de cassation dans lequel elle approuve implicitement l'application du régime des usages et engagements unilatéraux aux accords référendaires³.

967. Transfert des régimes de garanties collectives instaurés par accord référendaire ou décision unilatérale. En cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, le régime de garanties collectives, instauré par accord référendaire ou décision unilatérale du cédant, est transmis au cessionnaire tenu de respecter les engagements souscrits par son prédécesseur à l'égard des salariés repris. Le cas échéant, ces derniers bénéficient également du système de protection sociale complémentaire en vigueur chez le cessionnaire. Ils pourront ainsi revendiquer le bénéfice du plus favorable des deux régimes, étant rappelé qu'ils pourront refuser d'adhérer à un régime instauré par décision unilatérale dans l'entreprise d'accueil, en application de l'article 11 de la loi Evin⁴. Ainsi, les régimes de retraite supplémentaire ou de prévoyance complémentaire instaurés par accord référendaire ou décision unilatérale du cédant demeurent en vigueur dans l'entreprise d'accueil, sous réserve de leur dénonciation par

¹ Cass. soc., 10 fév. 1999, Bull. civ. V, n° 63.

² En ce sens, G. BRIENS, F. DUPRAT-CERRI et P. BERQUIN, *L'épargne retraite des salariés*, éd. L'argus de l'assurance, Coll. Plus, 2005, p. 242 ; H. OUAISSI, th. préc., p. 188 ; H. OUAISSI, « Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises », JCP S 2006, 1858.

³ En l'espèce un régime de retraite supplémentaire instauré par accord référendaire avait été dénoncé par l'employeur selon les règles applicables aux engagements unilatéraux puis avait été remplacé par un accord collectif de retraite supplémentaire. Les salariés souhaitaient non seulement voir leur retraite liquidée selon les modalités prévues par l'accord référendaire mais aussi que l'accord collectif postérieur leur soit déclaré inopposable. La Cour d'appel avait rejeté leurs demandes estimant que la dénonciation était valable. La Cour de cassation approuve cette position en énonçant que « *la validité de la dénonciation d'un engagement unilatéral, d'un projet d'accord ratifié par referendum ou d'une convention ou d'un accord collectif n'est pas subordonnée à la communication par l'employeur aux salariés concernés d'une information sur les conséquences de la dénonciation à l'égard des droits qu'ils tiennent de l'acte dénoncé* », Cass. soc., 14 mai 2008, n° 06-20.173, inédit. Il s'agit de la première fois où elle valide implicitement l'application du régime des engagements unilatéraux aux accords référendaires. En effet, s'il est parfois écrit qu'elle a validé cette assimilation dans un arrêt du 1^{er} octobre 2003, il n'en est en réalité rien puisque dans cet arrêt le régime avait été instauré par accord conclu avec le comité d'entreprise assimilé de longue date à un engagement unilatéral de l'employeur (Cass. soc., 1^{er} oct. 2003, n° 02-30.337, inédit). De même, elle a décidé dans une affaire soumise au droit antérieur à la loi Veil que les décisions unilatérales instaurant un régime de protection sociale complémentaire sont soumises au régime des engagements unilatéraux ; Cass. soc., 1^{er} juin 1999, Bull. civ. V, n° 251.

⁴ Cass. soc., 4 janv. 1996, préc.

le nouvel employeur. Pour ce faire, il doit se conformer au régime juridique de la dénonciation des usages et engagements unilatéraux, qui implique l'information/consultation des représentants du personnel, l'information individuelle des salariés concernés et le respect d'un délai de préavis suffisant pour engager d'éventuelles négociations. S'il respecte cette procédure, et que la dénonciation intervient « *en dehors de toute fraude ou conditions fautives et respecte les droits acquis* »¹, le régime de garanties collectives cesse de s'appliquer et les salariés repris ne peuvent plus s'en prévaloir².

En revanche, si l'employeur ne respecte pas scrupuleusement la procédure de dénonciation, les salariés repris pourront continuer à revendiquer le bénéfice des garanties collectives prévues par le régime instauré par accord référendaire ou décision unilatérale de son prédécesseur³. À ce titre, si l'employeur ne dénonce pas régulièrement l'engagement unilatéral de son prédécesseur instaurant un régime de prévoyance complémentaire, et qu'il n'effectue pas les démarches nécessaires auprès de l'organisme assureur pour adhérer au régime de prévoyance dont peut se prévaloir un salarié repris, sa responsabilité civile pourra être engagée et il devra indemniser le préjudice subi par le salarié⁴.

Par ailleurs et pour mémoire, lorsqu'un accord collectif ayant le même objet qu'un engagement unilatéral de l'employeur entre en vigueur après ledit engagement, ce dernier cesse immédiatement de s'appliquer⁵. Le nouvel employeur peut donc mettre fin au régime de garanties collectives instauré par accord référendaire ou décision unilatérale de son prédécesseur, en concluant un accord collectif portant sur les garanties collectives offertes aux salariés. Les accords collectifs en vigueur chez le cessionnaire au jour du transfert ne sauraient pour leur part avoir cet effet extinctif sur le régime des salariés transférés. Afin de lever tout doute sur l'identité d'objet entre l'accord référendaire ou la décision unilatérale fondant le régime de protection sociale complémentaire transféré à l'occasion de la restructuration et l'accord collectif conclu postérieurement, les partenaires sociaux peuvent mentionner expressément leur volonté de substituer le système de garanties collectives

¹ Cass. soc., 26 sept. 2002, RJS 12/02, n° 1438

² Cass. soc., 12 avr. 2005, n° 02-47.384, inédit.

³ Cass. soc., 21 sept. 2005, JCP S 2005, 1371, note P. MORVAN ; Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.520, inédit.

⁴ Cass. soc., 21 sept. 2005, préc.

⁵ Cass. soc., 10 mars 2010, Dr. soc. 2010, p. 1097 ; M. VERICEL, « Le sort des engagements unilatéraux en cas de conclusion postérieure d'un accord collectif », Dr. soc. 2010, p. 1092 ; Cass. soc., 19 nov. 1997, Dr. soc. 1998, p. 89, obs. G. COUTURIER ; Cass. soc., 25 janv. 2006, obs. P. WAQUET ; Cass. soc., 8 janv. 2002, RJS 5/02, n° 586 ; Cass. soc., 27 sept. 2006, Dr. soc. 2007, p. 190, obs. P. WAQUET. Ce principe est en quelque sorte repris à l'article L. 911-5, alinéa 2, du Code de la sécurité sociale qui dispose que « *Ce même décret [qui n'est toujours pas paru] détermine les conditions dans lesquelles une convention ou un accord collectif d'entreprise peut se substituer à une décision unilatérale de l'employeur ou à un accord ratifié mentionné à l'article L. 911-1 ou ce même accord ratifié peut se substituer à la décision unilatérale de l'employeur lorsque ceux-ci mettent en œuvre les garanties collectives régies par le présent chapitre.* ».

prévues par l'accord postérieur au régime instauré par accord référendaire ou décision unilatérale.

Conclure un accord postérieur au régime de protection sociale complémentaire des salariés transférés instauré par accord référendaire ou décision unilatérale est particulièrement approprié au contexte des restructurations puisque cela peut permettre au nouvel employeur d'harmoniser les régimes dont bénéficie l'ensemble de la communauté de travail issue de la restructuration. En effet, si avant la cession les salariés en poste dans l'entreprise d'accueil bénéficiaient d'un régime mis en place par accord collectif, et que les salariés transférés étaient quant à eux couverts par un système instauré par accord référendaire ou décision unilatérale du cédant, le nouvel employeur peut dénoncer l'accord collectif jusqu'alors en vigueur dans son entreprise et conclure, au cours du délai de survie, un accord de substitution (conclu par hypothèse après la restructuration), qui se substituera ainsi aux deux régimes pour soumettre l'ensemble du personnel à un seul et unique système de garanties collectives.

Parallèlement à la négociation de l'accord, l'employeur devra contacter le ou les organismes assureurs afin de mettre fin aux contrats d'assurance groupe afférents aux anciens régimes et d'en conclure un autre correspondant au nouveau système de garanties collectives instauré dans l'entreprise après la restructuration.

Une restructuration est donc susceptible d'avoir des répercussions sur les sources collectives fondement du régime de protection sociale complémentaire, en imposant leur révision ou leur dénonciation qui, en tout état de cause, devra donner lieu à une information/consultation du comité d'entreprise¹. Si les normes supports du régime peuvent être affectées par la restructuration de l'entreprise, le droit social a mis en place divers mécanismes tendant à préserver la situation des salariés en termes de protection sociale complémentaire en garantissant l'intangibilité des droits acquis, et en assurant le maintien de certaines garanties et prestations après l'opération.

B - La préservation de la situation des salariés grâce au maintien de certaines garanties et prestations.

¹ « Le comité d'entreprise est informé et consulté préalablement à la mise en place d'une garantie collective mentionnée à l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale ou à la modification de celle-ci. », art. R. 2323-1 C. trav.

Une restructuration peut affecter la norme collective ayant instauré le régime de prévoyance, ce qui se répercute sur le contrat d'assurance groupe dont les stipulations doivent impérativement être symétriques à celles de l'accord collectif ou référendaire ou de la décision unilatérale, support du régime. Par ailleurs, une restructuration consistant en une compression d'effectif peut entraîner la rupture du contrat de travail pour motif économique. Or, le droit des salariés à bénéficier non seulement d'une couverture sociale complémentaire, mais aussi de prestations de prévoyance complémentaires ou de retraite supplémentaire est assis sur ces trois actes juridiques (norme collective source du régime, le contrat d'assurance groupe et le contrat de travail) qui sont menacés par l'opération. Si aucune disposition spécifique n'a été dédiée au sort des garanties ou prestations en cas de restructuration, le droit social n'en préserve pas moins la situation des salariés en termes de protection sociale complémentaire. Ainsi, un certain nombre de garde-fous permettent d'assurer, dans la mesure du possible, le maintien du droit des salariés à bénéficier de certaines garanties mais aussi de certaines prestations après la restructuration, que celle-ci entraîne la modification du régime (1), sa suppression et avec elle la rupture du contrat d'assurance groupe (3), la rupture du contrat de travail (2), ou un changement d'organisme assureur (4).

1 - Le sort des droits des salariés en cas de modification ou de suppression du régime.

968. Une restructuration est susceptible d'avoir un impact sur la norme collective ayant instauré le régime de protection sociale complémentaire, que l'application de l'accord collectif support du régime soit mise en cause, ou que l'opération impose la modification du système de garanties collectives impliquant la révision de l'accord, ou la dénonciation de l'accord collectif, de l'accord référendaire ou de la décision unilatérale, afin d'y substituer un régime adapté à la nouvelle collectivité de travail ou aux exigences de la convention de branche devenue applicable dans l'entreprise restructurée. Le droit social, tant européen que national, tente, avec plus ou moins de succès, de préserver la situation des salariés mais aussi celle des retraités.

À ce titre, si le droit social européen cherche avant tout à atténuer l'impact des restructurations sur la situation individuelle et collective des salariés, sa position en matière de garanties collectives est relativement confuse. Ainsi, après avoir exclu le transfert au cessionnaire des « *droits des travailleurs à des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de*

*survivants au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux de sécurité sociale »*¹, la directive du 12 mars 2001 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert impose aux États membres d'adopter les « *mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs, ainsi que des personnes qui ont déjà quitté l'établissement du cédant au moment du transfert, en ce qui concerne leurs droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes complémentaires* »². Par ailleurs, la directive du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur enjoint aux États membres de mettre en œuvre des mécanismes tendant à protéger les intérêts des salariés, des anciens salariés et de leurs ayants-droit, relatifs aux droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations vieillesse ou de réversion, prévus par des régimes de retraite supplémentaire³.

Cette dernière disposition relative à la protection minimale des droits des salariés en matière de retraite supplémentaire en dépit de la restructuration de leur entreprise, y compris lorsqu'elle a lieu dans le cadre d'une procédure collective, a donné lieu à une transposition *a minima* en droit interne. L'article L. 913-2 du Code de la sécurité sociale dispose en effet qu'« *aucune disposition entraînant la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite, y compris à la réversion, des salariés ou anciens salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ou de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre employeur, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion, ne peut être insérée à peine de nullité dans les conventions, accords ou décisions unilatérales mentionnés à l'article L. 911-1* ». Ce texte se contente donc de prohiber les clauses de déchéance de droits à prestations vieillesse, sans créer à la charge des employeurs la moindre obligation tendant à garantir les droits des salariés en matière de retraite supplémentaire après une restructuration. Toutefois, le principe d'intangibilité des droits acquis permet, à l'occasion d'une restructuration, de préserver la situation des salariés en cas de modification ou de suppression du régime de retraite supplémentaire.

969. Intangibilité des pensions liquidées et immuabilité relative des avantages retraite. Dès que la liquidation de sa retraite est intervenue, l'intéressé n'est plus salarié mais retraité. La restructuration de l'entreprise dont il était auparavant salarié et qui affecterait le

¹ Dir. n° 23/2001/CE du 12 mars 2001, préc., art. 3§4, a.

² Dir. n° 23/2001/CE du 12 mars 2001, préc., art. 3§4.

³ Dir. n° 2008/94/CE du 22 oct. 2008, préc., art. 8.

régime de retraite supplémentaire ne peut remettre en cause son droit à pension de retraite. Le principe de l'intangibilité des pensions liquidées au titre des régimes de base de la sécurité sociale¹ et des régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO² s'applique également aux régimes de retraite supplémentaire³. Toutefois, si le droit de percevoir une pension vieillesse en application du régime de retraite supplémentaire est acquis au jour de la liquidation de la retraite, et non de la date de notification de la mise à la retraite qui importe peu⁴, seul le montant de la pension atteint au jour de l'éventuelle révision ou suppression du régime est garanti aux retraités. Ainsi, si la restructuration entraîne la révision du régime de retraite supplémentaire ou qu'un accord de substitution est conclu après la mise en cause ou la dénonciation de l'accord support du régime, les retraités auront droit au maintien du niveau de pension atteint au jour de la révision ou de la mise en cause, mais ne pourront en revanche se prévaloir des modalités de revalorisation de la pension prévues par l'accord initial⁵.

Par ailleurs, la Cour de cassation a affirmé en 2004, dans l'arrêt *Trefileurop*, que « *le versement volontaire par l'employeur d'une prime dite de milieu d'année postérieurement à la mise en retraite du salarié entraîne la transformation de la prime versée pendant la période d'activité en un avantage de retraite* » qui ne saurait être remis en cause une fois la retraite liquidée par la dénonciation de l'usage ayant instauré la prime⁶. Après cet arrêt fondateur, sans jamais définir la notion d'avantage retraite, la Cour de cassation a pu préciser que si la poursuite du paiement d'une prime après la liquidation de la retraite constitue un avantage de retraite⁷, tel n'est pas le cas en revanche du maintien au profit des retraités de l'entreprise de certains tarifs préférentiels attachés à leur qualité d'éventuel clients⁸. Surtout, elle a réaffirmé l'intangibilité de ces avantages retraite une fois la retraite liquidée : la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral source de l'avantage retraite ne peut remettre en cause le droit des retraités à s'en prévaloir. Toutefois, la Cour de cassation est venue tempérer l'intangibilité

¹ Cass. soc., 13 mai 1980, Bull. civ. V, n° 430 ; Cass. soc., 3 mars 1982, Bull. civ. V, n° 144 ; Cass. soc., 17 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 29.

² Cass. soc., 23 nov. 1999, Dr. soc. 2000, p. 333 et p. 322 concl. P. DE CAIGNY, p. 409 note J.-J. DUPEYROUX, p. 412, note P. LANGLOIS.

³ Cass. soc., 17 mai 2005, Bull. civ. V, n° 170 ; Dr. soc. 2005, p. 907, avis J. DUPLAT ; JCP S 2005, 1162, note P. COURSIER.

⁴ Cass. soc., 6 juin 2007, Bull. civ. V, n° 93.

⁵ Cass. soc., 17 mai 2005, Bull. civ. V, n° 170, préc.

⁶ Cass. soc., 30 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 307 ; dr. soc. 2005, p. 327, obs. C. RADÉ ; TPS 2005, comm. 7 ; S. PELISSIER-LOEVENBRUCK, « L'avantage de retraite : une catégorie sui generis ? », SSL 12 sept. 2005, n° 1227, p. 7.

⁷ Cass. soc., 7 mai 2009, Dr. soc. 2010, p. 1262, obs. P. LANGLOIS ; Cass. soc., 12 mai 2009, n° 07-44.625, Dr. soc. 2009, p. 1262, obs. P. LANGLOIS ; JCP S 2009, p. 1409, note G. VACHET ; C. RADÉ, « De la prétendue intangibilité des avantages de retraite », Lexbase hebdo, éd. soc. du 4 juin 2009, N° LXB : N6315BK4.

⁸ Cass. soc., 17 mai 2001, Bull. civ. V, n° 111 ; C. RADÉ, « Contribution en clair-obscur de la Cour de cassation à l'identification des avantages de retraite », Lexbase hebdo, éd. soc. du 2 juin 2011, N° LXB : N3036BSA.

des avantages retraite en leur appliquant la jurisprudence selon laquelle lorsqu'un accord collectif ayant le même objet qu'un usage d'entreprise est conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations représentatives de l'entreprise, cet accord met fin à cet usage, y compris au bénéfice des retraités auxquels il conférait un avantage retraite¹. La Cour de cassation affirme ainsi que si la dénonciation par l'employeur de l'avantage de retraite consenti par voie d'usage ou d'engagement unilatéral ne peut remettre en cause cet avantage pour les salariés retraités, en revanche lorsque c'est un accord collectif postérieur ayant le même objet qui est conclu, il peut mettre fin à cet avantage, y compris pour les retraités, dans la mesure où les syndicats représentent aussi les retraités et non seulement les salariés en activité².

L'employeur ne peut donc remettre en cause unilatéralement le bénéfice d'un avantage de retraite *a priori* intangible, en revanche s'il obtient l'accord de syndicats pour le supprimer, les retraités ne pourront plus s'en prévaloir.

Si la modification du régime de retraite supplémentaire consécutive à la restructuration est opposable aux salariés encore en poste qui, par hypothèse, n'ont pas encore liquidé leur retraite, l'existence de droits acquis en matière de retraite diffère selon que l'on est en présence d'un régime de retraite à prestations ou à cotisations définies.

970. Situation des salariés en cas de modification ou de suppression du régime de retraite supplémentaire à prestations définies. Il existe plusieurs types de régimes de retraite supplémentaire à prestations définies : les régimes différentiels, également appelés « retraites chapeau » et les régimes additifs en droits. Les régimes de retraite « chapeau » garantissent au salarié le bénéfice d'une fraction de son dernier salaire dont sont déduites les pensions perçues au titre des régimes obligatoires. Il s'agit donc d'une prestation différentielle dont le montant évolue avec celui des prestations versées par le régime de base et les régimes AGIRC et ARRCO. Les régimes additifs garantissent, pour leur part, le bénéfice d'un pourcentage du salaire qui viendra s'ajouter aux pensions versées par les régimes obligatoires, sans toutefois pouvoir excéder le dernier revenu d'activité du salarié devenu retraité. Le droit au versement d'une pension de retraite supplémentaire à prestations définies est la plupart du temps

¹ Cass. soc., 20 mai 2014, n° 12-26.322, à paraître au Bulletin ; JCP S 2014, act. 204 ; C. RADÉ, « Un accord collectif peut supprimer des « avantages de retraite » », Lexbase hebdo, éd. soc. du 5 juin 2014, N° LXB : N2510BUI.

² En ce sens, C. cass, Mensuel du droit du travail, mai 2014, n° 54.

subordonné à une condition d'ancienneté, mais aussi et surtout à la présence du salarié au sein de l'entreprise, ou du groupe, le jour de la liquidation de sa retraite.

Dans la mesure où, pour ce qui concerne les régimes de retraite supplémentaire à prestations définies, le droit éventuel à une pension de vieillesse ne se mue en droit acquis qu'au jour de la liquidation de la retraite, la jurisprudence décide qu'hormis la rente viagère financée par leurs propres cotisations, les salariés dont l'admission à la retraite est postérieure à l'entrée en vigueur du nouveau régime issu de l'avenant de révision, n'ont aucun droit acquis à bénéficier d'une liquidation de leur retraite supplémentaire selon les modalités du régime initial dont les prestations, quoique définies, n'étaient pas garanties¹. Les salariés présents dans l'entreprise au jour de la modification du régime de retraite à prestations définies ne peuvent donc revendiquer aucun droit acquis, sous réserve des cotisations qu'ils ont eux-mêmes versées, et « subissent » la modification du régime consécutive à sa révision ou à la conclusion d'un accord de substitution après sa dénonciation ou la mise en cause de son application par la restructuration.

Il en va de même en cas de suppression d'un régime de retraite supplémentaire à prestations définies. Les salariés n'ayant aucun droit acquis à en bénéficier, ils perdent purement et simplement cette couverture sociale supplémentaire, sous réserve tout de même de la restitution des cotisations salariales qu'ils auraient éventuellement versées. La protection accordée aux salariés par le droit social face aux restructurations affectant leur régime de retraite à prestations définies est donc relativement réduite.

971. Situation des salariés en cas de modification ou de suppression d'un régime de retraite supplémentaire à cotisations définies. Dans un régime de retraite supplémentaire à cotisations définies, l'engagement de l'employeur ne porte pas sur le montant de la pension de retraite supplémentaire qui sera accordée au salarié au jour de la liquidation de sa retraite, mais sur un taux donné de cotisation. Si certains accords offrent la possibilité aux salariés de participer au financement du régime, le plus souvent ces régimes sont financés exclusivement par des cotisations patronales². Ainsi, au fur et à mesure du déroulé de leur carrière dans l'entreprise, les salariés acquièrent des droits sur les capitaux gérés par l'organisme assureur, qui sont inscrits sur un compte individualisé lors du versement de chaque cotisation. À la

¹ Cass. soc., 28 mai 2002, RJS 11/02, n° 1295 ; Dr. soc. 2002, p. 879 ; P. COURSIER, « La révision d'un accord de retraite supplémentaire et ses conséquences », Dr. soc. 2002, p. 874 ; Cass. soc. 12 avr. 2005, n° 02-47.384, inédit (à propos d'un régime de retraite mis en place par décision unilatérale régulièrement dénoncée).

² En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 1082.

différence des systèmes de retraite à prestations définies, à chaque versement de cotisation les salariés acquièrent donc des droits immuables puisqu'acquis. La conclusion d'un avenant de révision ou d'un accord de substitution suite à la mise en cause ou à la dénonciation du régime après la restructuration ne saurait remettre en cause les droits acquis par le salarié au jour de la modification, droits correspondant à la somme des cotisations versées sur son compte individuel. Pour autant, la révision ou la modification du régime résultant de l'accord de substitution sera opposable aux salariés pour l'avenir. Une fois l'avenant ou l'accord de substitution entré en vigueur, l'employeur ne sera tenu de cotiser au régime de retraite supplémentaire qu'à hauteur et selon les modalités définies par l'avenant ou l'accord de substitution.

972. Situation des salariés en cas de modification ou de suppression d'un régime de prévoyance. Si la restructuration entraîne la modification du régime de prévoyance, qu'elle résulte de la conclusion d'un avenant de révision ou d'un accord de substitution suite à la mise en cause du régime initial, l'entrée en vigueur de ce nouveau régime ne peut priver les salariés du bénéfice des « prestations acquises ». En effet, tout comme en matière de retraite le droit à pension est acquis au jour de la liquidation de la retraite, le droit à prestation en matière de prévoyance s'ouvre (et n'est donc plus éventuel) le jour où le risque ouvrant droit à la prestation se réalise, sous réserve que le salarié remplisse par ailleurs les conditions conventionnelles pour bénéficier de la prestation¹. L'entrée en vigueur du nouveau régime de prévoyance ne remet donc pas en cause les prestations en cours. En revanche, pour ce qui concerne les risques dont le fait générateur est postérieur à l'entrée en application du nouveau régime, les salariés ne pourront revendiquer le bénéfice des garanties telles qu'elles résultaient du régime initial. Pour mémoire, dès lors qu'il modifie la source collective du régime de prévoyance, l'employeur doit adapter le contrat d'assurance groupe conclu avec l'organisme assureur afin d'éviter toute dissymétrie entre leurs prévisions, qui ferait peser sur l'employeur le risque d'être tenu de garantir lui-même ses salariés.

À ce titre, le législateur a instauré une obligation d'information des salariés à la charge de l'employeur en cas de modification du contrat d'assurance groupe. En effet, l'employeur est tenu non seulement de remettre aux salariés la notice établie lors de la conclusion du contrat initial par l'organisme assureur qui définit notamment les garanties prévues au contrat, leurs modalités d'application, le contenu des clauses de déchéance, les formalités à accomplir

¹ Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2007, n° 06-15.108, inédit ; Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2009, Bull. civ. II, n° 24 ; JCP E 2009, 1391, note. D. PIAU.

en cas de réalisation du risque, etc., mais également, celle établie au moment de la révision du contrat d'assurance groupe pour tenir compte des aménagements des droits et obligations des salariés en résultant¹. Si le moment auquel l'information doit être délivrée (préalablement ou à l'entrée en vigueur de la modification) diffère selon l'organisme assureur en cause, les textes relatifs aux mutuelles, institutions de prévoyance ou entreprises d'assurance imposent tous à l'employeur de remettre aux salariés la notice détaillant les droits et obligations prévus par le contrat d'assurance groupe modifié, pour correspondre au nouveau régime institué dans l'entreprise après la restructuration².

Si l'employeur ne respecte pas cette obligation d'information préalable à l'entrée en vigueur du contrat modifié, toute modification moins favorable aux salariés ou à leurs ayants droit leur est inopposable³ et engage la responsabilité de l'employeur⁴. Eu égard aux sommes colossales qui sont en jeu, l'employeur doit être particulièrement vigilant lorsqu'il délivre aux salariés l'information relative aux modifications du contrat d'assurance dans la mesure où au-delà de cette obligation d'information, la Cour de cassation estime que l'employeur a un devoir de conseil à l'égard des salariés qui le rend « *responsable des conséquences qui s'attachent à une information incomplète ayant conduit [le salarié] à l'ignorance de l'étendue de ses droits à un moment utile* »⁵. On ne saurait trop conseiller aux employeurs de respecter scrupuleusement cette obligation d'information puisque, à défaut, les modifications des garanties à la baisse seront inopposables aux salariés, y compris lorsqu'est publiée la décision ministérielle approuvant la modification du règlement intérieur de l'institution de prévoyance⁶.

Par ailleurs, la restructuration de l'entreprise peut amener l'employeur à supprimer le régime de prévoyance collective. La suppression du régime est sans effet sur le versement des prestations en cours. Nous verrons en effet que le droit social a instauré un certain nombre de règles protectrices en cas de rupture du contrat d'assurance groupe, corollaire de la suppression du régime de prévoyance. En tout état de cause et pour mémoire, une

¹ Art. 12 loi Evin, préc., art. L. 141-4 C. ass., art. L. 221-6 C. mut, art. L. 932-6 CSS. Cass. soc., 12 mars 2008, n° 07-40.665, inédit (relatif à l'information sur le contrat initial) ; Cass. soc., 18 mai 2011, bull. civ. V, n° 119 ; D. 2011, p. 1955, note M. ROBINEAU (relatif à l'information en cas de modification du contrat).

² Ainsi, l'article L. 141-4 du Code des assurances oblige l'employeur à transmettre la notice comportant les modifications trois mois avant l'entrée en vigueur du régime modifié lorsque l'organisme assureur est une entreprise d'assurances, alors que l'article L. 221-6 du Code de la mutualité applicable aux mutuelles ne pose aucun délai à l'instar de l'article L. 932-6 du Code de la sécurité sociale applicable aux institutions de prévoyance.

³ Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, n° 10-22.780, Bull. civ. II, n° 133 ; Resp. civ. et assur. 2011, n° 10, comm. 338.

⁴ Cass. soc., 5 avr. 2006, n° 04-42.105, inédit ; Cass. soc., 24 fév. 2004, n° 02-14.406, inédit ; Cass. soc., 20 mai 2009, RJS 8-9/09, n° 747.

⁵ Cass. soc., 17 avr. 2010, n° 08-45.329, inédit.

⁶ Cass. soc., 1^{er} fév. 2000, Bull. civ. V, n° 31.

restructuration ne pourra en aucun cas priver les salariés du bénéfice de la couverture complémentaire frais de santé prévue à l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale¹.

La situation des salariés en cas de modification ou de suppression d'un régime de garanties collectives après une restructuration est relativement précaire puisque, mis à part le principe d'intangibilité des droits acquis, le droit social n'a guère instauré de mécanismes garantissant aux salariés une protection face à la modification du régime de protection sociale. Toutefois, si le droit social n'a pas véritablement mis en place de remparts pour protéger les salariés en cas de modification ou de suppression du régime de protection sociale complémentaire, il a en revanche prévu plusieurs garde-fous tendant à assurer le maintien de certaines garanties et prestations dans l'hypothèse d'une rupture du contrat de travail, qui peut résulter d'une restructuration.

2 - Maintien des garanties et des prestations en cas de rupture du contrat de travail.

Nombre de restructurations se traduisent par le prononcé de licenciements pour motif économique. Or, l'article L. 141-1 du Code des assurances subordonne le bénéfice du contrat d'assurance groupe à l'existence d'un lien identique entre le souscripteur (l'employeur) et les adhérents (les salariés). Ce lien est constitué par le contrat de travail. Ainsi, lorsque la relation de travail prend fin du fait de la rupture du contrat de travail, le salarié devrait théoriquement perdre le bénéfice de la couverture sociale instaurée dans l'entreprise ainsi que des éventuelles prestations. Cependant, dans le souci de protéger les salariés, le droit social organise le maintien de la garantie (a), mais aussi de certaines prestations en cas de rupture du contrat de travail (b).

a - Le maintien de la garantie malgré la rupture du contrat de travail.

Une restructuration peut entraîner la rupture du contrat de travail à la suite d'un licenciement pour motif économique, d'un départ volontaire ou d'une préretraite, décidés

¹ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 1^{er}, consacrant le vœu des partenaires sociaux signataires de l'ANI du 11 janvier 2013, préc.

dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi par exemple. Afin de préserver la situation des anciens salariés en matière de protection sociale complémentaire deux dispositifs ont été instaurés. D'une part, dès 1989 la loi Evin a mis en place, au bénéfice des salariés dont le contrat de travail est rompu, le possible maintien à titre individuel de la seule couverture « frais de santé » pour une durée illimitée (β). D'autre part, la loi du 14 juin 2013 a consacré le mécanisme de portabilité des garanties frais de santé et prévoyance instauré par l'ANI du 11 janvier 2008, et modifié depuis lors, permettant au salarié de bénéficier du maintien de l'ensemble des garanties collectives en vigueur dans l'entreprise (à l'exclusion des régimes de retraite supplémentaire) pendant une durée maximale d'un an après la rupture de son contrat (α).

α - Le maintien temporaire des garanties frais de santé et prévoyance grâce à leur portabilité.

973. L'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail a introduit en droit français le concept de portabilité, notamment en matière de prévoyance complémentaire¹. Si la loi du 25 juin 2008 relative à la modernisation du marché du travail a repris un certain nombre des stipulations de l'accord², tel ne fut pas le cas de celles relatives à la portabilité des garanties collectives, sans doute parce que le dispositif introduit en 2008 soulevait de nombreuses interrogations, qui entraînèrent d'ailleurs sa modification à trois reprises³. Par la suite, l'ANI du 11 janvier 2013 a aménagé le dispositif en allongeant la durée maximale de la portabilité, et en envisageant une refonte conventionnelle des modalités de financement du dispositif. La loi de sécurisation de l'emploi a consacré la portabilité des couvertures frais de santé (en vigueur depuis le 1^{er} juin 2014) et celle des garanties contre les risques incapacité, invalidité et décès qui entrera pour sa part en vigueur au 1^{er} juin 2015⁴.

974. *Salariés éligibles au dispositif de portabilité.* Aux termes de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, les salariés dont la rupture du contrat de travail ouvre droit à leur prise en charge par le régime d'assurance chômage peuvent prétendre au dispositif, à l'exclusion des salariés licenciés pour faute lourde⁵, ce qui, par hypothèse, ne concerne pas les salariés dont le contrat est rompu dans le cadre d'une restructuration. De surcroît, seuls sont éligibles à la portabilité des garanties de prévoyance complémentaire, les salariés qui, à la date de la rupture de leur contrat, ont rempli les conditions pour bénéficier du régime de

¹ ANI sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 étendu par arrêté du 23 juillet 2008, Arrêté du 23 juillet 2008 portant extension de l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, JORF du 25 juillet 2008, p. 11996. Sur la question de la portabilité des droits en matière de prévoyance V. J. BARTHELEMY, « La portabilité des garanties collectives de prévoyance », Dr. soc. 2008, p. 325 ; B. SERIZAY, « La portabilité des droits de protection sociale », SSL 2008, n° 1366, p. 8 ; D. RIGAUD, « Etendue et mise en œuvre de la portabilité en matière de prévoyance » JCP 2008, 1547 ; P. LANGLOIS, « L'impossible mise en place du maintien de la couverture complémentaire ? », SSL 2008, n° 1379, p. 8 ; X. LAGARDE, « Prévoyance : questions pratiques sur la mise en œuvre de la portabilité », JCP S 2009, 1400 ; D. JOURDAN, « La portabilité des garanties de prévoyance », JCP S 2009, 1556 ; J. KOVAC, « Portabilité : ce qu'il reste à faire avant le 1^{er} juin 2014 », JCP S 2014, 1091 ; G. BRIENS, « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire », Dr. soc. 2013, p. 895.

² Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JORF du 26 juin 2008, p. 10224.

³ L'une des modifications les plus importantes fut celle résultant de l'avenant n° 3 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janv. 2008 sur la modernisation du marché du travail, préc.

⁴ Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 1^{er}, X.

⁵ À l'instar du système conventionnel de portabilité, ANI du 11 janv. 2008, préc., art. 14 al. 1^{er}

prévoyance complémentaire¹. Ainsi, si le régime de garanties collectives en vigueur dans l'entreprise subordonne l'ouverture des droits à une condition d'ancienneté par exemple, les salariés n'ayant pas atteint cette ancienneté au jour de leur licenciement ne peuvent prétendre au dispositif de portabilité. Contrairement au dispositif résultant de l'article 4 de la loi Evin, le bénéfice du mécanisme légal de la portabilité s'applique automatiquement aux salariés qui y sont éligibles, lesquels, à la différence du système conventionnel, ne peuvent renoncer à son bénéfice.

Susceptible d'être cofinancé par l'employeur et le salarié dont les cotisations peuvent être appelées en totalité au moment de la rupture du contrat, le système conventionnel de portabilité autorise les salariés à renoncer expressément au bénéfice de la portabilité des garanties de prévoyance dans les dix jours de la rupture de leur contrat de travail². Aux termes de l'ANI du 11 janvier 2008 lorsque le salarié renonce au maintien de la couverture prévoyance complémentaire, cette renonciation est définitive et concerne l'ensemble des garanties collectives³. À l'inverse, le maintien légal des garanties collectives étant gratuit pour le salarié, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale ne prévoit pas de faculté de renonciation. Toutefois, dans la mesure où le système légal de portabilité n'entrera en vigueur qu'au 1^{er} juin 2015 pour la couverture « prévoyance lourde » - *id est* pour les risques incapacité, invalidité et décès - il semble qu'entre le 1^{er} juin 2014 et le 31 mai 2015, les salariés devraient pouvoir renoncer au maintien de cette couverture tout en conservant le bénéfice de la garantie frais de santé, dont la portabilité n'est assortie d'aucune faculté de renonciation⁴. Par ailleurs, jusqu'au 1^{er} juin 2015, seuls les salariés licenciés par une entreprise relevant d'un secteur d'activité représenté, directement ou indirectement par le MEDEF, la CGPME ou l'UPA⁵, peuvent bénéficier de la portabilité de leur couverture « prévoyances lourde », ce qui exclut par exemple les salariés des professions libérales et de l'économie sociale et solidaire⁶.

975. *Durée du maintien des garanties au titre du dispositif conventionnel.* À l'instar du dispositif conventionnel de portabilité, le système légal offre aux salariés dont le contrat de

¹ À l'instar du système conventionnel de portabilité, ANI du 11 janv. 2008, préc., art. 14.

² ANI du 11 janv. 2008, préc., art. 14.

³ ANI du 11 janv. 2008, préc., art. 14.

⁴ En ce sens, P. BARON et X. PIGNAUD, « Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité », JCP S 2013, 1269.

⁵ Signataires de l'ANI du 11 janvier 2008 et de ses avenants.

⁶ Arrêté du 7 octobre 2009 portant extension d'un avenant à l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, JORF du 15 octobre 2009 page 16900.

travail a été rompu, la possibilité de bénéficier d'un maintien, seulement temporaire, des garanties collectives en vigueur dans l'entreprise¹. Ainsi, l'article L. 911-8, 1°, du Code de la sécurité sociale dispose que « *Le maintien des garanties est applicable à compter de la date de cessation du contrat de travail et pendant une durée égale à la période d'indemnisation du chômage, dans la limite de la durée du dernier contrat de travail ou, le cas échéant, des derniers contrats de travail lorsqu'ils sont consécutifs chez le même employeur. Cette durée est appréciée en mois, le cas échéant arrondie au nombre supérieur, sans pouvoir excéder douze mois* ». Ainsi, à la différence de l'article 4 de la loi Evin qui prévoit un maintien de la garantie frais de santé pendant une durée illimitée pour les anciens salariés et pour une durée minimale d'un an pour les ayants droits d'un assuré décédé², le mécanisme de portabilité de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale garantit au salarié la conservation des garanties collectives pour une durée maximale de douze mois. Toutefois, si la durée totale du ou des derniers contrats de travail chez le même employeur est inférieure à douze mois, le salarié ne pourra prétendre au maintien de la garantie que dans la limite de la durée de ce ou ces contrats. De même, dans la mesure où le droit à la portabilité des garanties de prévoyance est subordonné à la prise en charge de l'ancien salarié par l'assurance chômage, la cessation de l'indemnisation chômage par le Pôle emploi met fin à la portabilité en matière de prévoyance. Ainsi, si le salarié retrouve un emploi, s'il a épuisé ses droits à indemnisation, ou qu'il les a perdus suite à sa radiation, ou s'il est admis à la retraite par exemple, la fin de la période d'indemnisation chômage met également un terme au maintien de la garantie collective.

À ce titre, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale enjoint à l'ancien salarié de justifier auprès de l'organisme assureur qu'il remplit les conditions pour bénéficier de la portabilité des garanties de prévoyance complémentaire, ce qui implique notamment de l'informer de la cessation du versement des allocations du régime d'assurance chômage lorsque celle-ci intervient au cours de la période de maintien des garanties des couvertures complémentaires santé et prévoyance³. Il est permis de douter du fait que les anciens salariés penseront réellement à se conformer à cette obligation qui n'est d'ailleurs assortie d'aucune sanction... En tout état de cause, les salariés dont le contrat est rompu dans le cadre d'une

¹ Art. L. 911-8, CSS ; puisque l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008, modifié par l'avenant du 18 mai 2009 prévoit que les salariés conservent le bénéfice des garanties « *pendant leur période de chômage et pour des durées égales à la durée de leur ancien contrat de travail, appréciée en mois entiers, dans la limite de neuf mois de couverture* », cette durée a été portée à 12 mois maximum par l'ANI du 11 janvier 2013.

² Art. 4, loi n° 89-1009 du 31 déc. 1989, préc.

³ Dans le système conventionnel de portabilité le salarié informe l'ancien employeur et non l'organisme assureur ; avenant du 18 mai 2009, préc.

restructuration de leur entreprise et qui ont droit à des allocations chômage peuvent prétendre au maintien de la garantie des couvertures complémentaires santé et prévoyance en vigueur dans leur ancienne entreprise pour une durée maximale de douze mois.

976. *Etendue de la garantie maintenue.* À l'instar du mécanisme instauré par les partenaires sociaux, le système de portabilité légale permet notamment aux salariés licenciés pour motif économique dans le cadre d'une restructuration de continuer à bénéficier de l'intégralité des couvertures complémentaires santé et prévoyance instaurées dans leur ancienne entreprise. Le mécanisme de la portabilité offre donc une protection plus large que celle accordée par l'article 4 de la loi Evin qui ne concerne que la couverture des frais de santé. De surcroît, à la différence de l'article 4 de la loi Evin qui prévoit la conclusion d'un contrat individuel d'assurance impliquant une possible hausse des tarifs, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale permet au salarié de rester adhérent du contrat d'assurance groupe. Il bénéficie ainsi du régime de prévoyance complémentaire exactement dans les mêmes conditions que les salariés restés en poste dans l'entreprise.

Toutefois, si ce texte dispose expressément que l'ancien salarié bénéficie du maintien des garanties telles qu'elles sont en vigueur dans son ancienne entreprise, il précise que ce maintien ne saurait lui permettre de percevoir des indemnités (au titre d'une éventuelle incapacité temporaire par exemple) dont le montant serait supérieur à celui des allocations chômage qu'il aurait perçues au titre de la même période. Cette réserve mise à part, le salarié bénéficie du maintien des garanties telles qu'elles viguent chez son ancien employeur. À ce titre, les éventuelles modifications apportées à la couverture complémentaire frais de santé ou prévoyance après la rupture de son contrat devraient lui être opposables.

En effet, si le contenu de la couverture est modifié alors que le salarié bénéficie de son maintien au titre de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, il ne pourra revendiquer le bénéfice des garanties en vigueur à la date de la rupture de son contrat. Cette solution apparaît logique dans la mesure où le mécanisme de la portabilité consiste à maintenir les anciens salariés dans le périmètre du régime de prévoyance complémentaire et du contrat d'assurance groupe afférent ; ils sont ainsi soumis à leurs éventuelles évolutions postérieures à la rupture de leur contrat. De plus, les anciens salariés bénéficiant du maintien des garanties à titre gratuit dans le cadre du dispositif légal de portabilité, leur permettre de revendiquer le bénéfice de garanties qui ne sont plus en vigueur risquerait de générer un surcoût supporté uniquement par les actifs, et déséquilibrerait ainsi le mécanisme de portabilité. Permettre aux salariés de bénéficier pendant un an au maximum de l'ensemble de la couverture frais de

santé et prévoyance instaurée dans leur ancienne entreprise contribue ainsi à sécuriser leur parcours professionnel en leur offrant une protection essentielle eu égard à l'augmentation constante des dépenses de santé, et au désengagement croissant du régime de base de la Sécurité sociale qui, du fait des importantes difficultés financières qu'il connaît, prend en charge une part de plus en plus réduite de ces dépenses.

977. Financement du dispositif. L'avenant du 18 mai 2009 relatif à la portabilité a instauré une option relative au financement du maintien des garanties, qui pouvait être assuré « conjointement par l'ancien employeur et l'ancien salarié dans les proportions et dans les conditions applicables aux salariés de l'entreprise ou par un système de mutualisation défini par accord collectif. À défaut d'accord collectif, ce système de mutualisation peut être mis en place dans les autres conditions définies à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale »¹. Les difficultés engendrées par le cofinancement du dispositif², dont le coût pouvait constituer un obstacle rédhibitoire à l'acceptation par les anciens salariés du maintien des garanties, et la volonté des signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 de généraliser au niveau de toutes les branches la mutualisation du financement du maintien des garanties de couverture des frais de santé et de prévoyance³, ont conduit le législateur à prévoir la gratuité du maintien des garanties après la rupture du contrat.⁴ L'accord collectif ou référendaire, ou la décision unilatérale instaurant le régime doivent donc définir les modalités de financement du mécanisme de la portabilité afin que les salariés dont le contrat est rompu puissent en bénéficier gratuitement. L'ANI du 11 janvier 2013 ayant prévu la généralisation dans les branches et les entreprises du système de mutualisation pour financer le maintien des garanties collectives, d'ici juin 2015 en matière de maintien des garanties de prévoyance et depuis juin 2014 en matière de couverture santé, ce qui correspond aux dates d'entrée en

¹ Avenant du 18 mai 2009, préc.

² Les conditions de versement des cotisations salariales au financement de la portabilité conventionnelle soulevaient en effet un certain nombre de problèmes pratiques. Si au cours de l'exécution du contrat de travail les cotisations salariales afférentes au régime de protection sociale complémentaire sont prélevées directement par l'employeur sur le salaire, l'organisation du précompte salarial sur les allocations chômage semble relativement complexe à mettre en place. C'est pourquoi l'avenant du 18 mai 2009 a prévu, dans le cadre d'une note de bas de page, la possibilité d'un appel total des cotisations salariales par l'employeur au moment de la rupture du contrat. En cas de cessation du bénéfice de la garantie avant le terme de la période portabilité si le salarié retrouve un emploi par exemple, il devra demander à son ancien employeur le remboursement du trop-perçu. Il est essentiel que les partenaires sociaux règlent ces questions pratiques dans le cadre des accords de prévoyance conclus au niveau de la branche ou de l'entreprise dans la mesure où le non paiement par le salarié de sa quote-part à la date d'échéance des cotisations libère l'employeur de ses obligations et emporte déchéance pour l'ancien salarié de son droit au maintien des garanties complémentaire santé et prévoyance.

³ Pour ce faire, l'ANI du 11 janvier 2013 prévoit de laisser un délai d'un an (à compter de son entrée en vigueur) aux branches et aux entreprises pour mettre en place un tel système de mutualisation pour le financement du maintien de la couverture frais de santé et de deux ans pour celui des garanties de prévoyance ; ANI du 11 janvier 2013, préc., art. 2.

⁴ Art. L. 911-8, CSS.

vigueur de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, il y a fort à parier que le financement du dispositif légal de portabilité sera assuré par un système de mutualisation.

La généralisation de la mutualisation pour financer le maintien de la couverture sociale complémentaire des salariés après la rupture de leur contrat de travail ne peut qu'être approuvée, en ce qu'elle devrait contribuer à renforcer l'effectivité et l'efficacité du mécanisme de la portabilité de la couverture sociale complémentaire. En effet, si le coût du cofinancement de la portabilité des droits, antérieur à l'entrée en vigueur de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, pouvait conduire certains salariés à renoncer au bénéfice de la portabilité de leur couverture complémentaire, la gratuité de ce maintien devrait permettre la généralisation du mécanisme du maintien temporaire de la couverture sociale complémentaire en vigueur dans l'entreprise, et ainsi accroître la protection de la situation des salariés licenciés dans le cadre d'une restructuration.

Au-delà de la consécration légale du mécanisme de la portabilité de la couverture sociale, la préservation de la situation des salariés en termes de protection sociale complémentaire a également été renforcée par la loi du 14 juin 2013 qui a articulé le dispositif de portabilité avec les dispositions de l'article 4 de la loi Evin qui permet aux salariés dont le contrat est rompu de bénéficier à titre individuel du maintien de la seule couverture des frais de santé.

β - Le maintien illimité au profit des salariés de la seule couverture des frais de santé résultant de l'article 4 de la loi Evin.

978. Maintien de la garantie « frais de santé » au titre de l'article 4 de la loi Evin¹.

L'article 4 de la loi Evin dispose que lorsque les salariés bénéficient au titre du régime de prévoyance complémentaire d'une garantie « frais de santé », garantie obligatoire dans toutes les entreprises au 1^{er} janvier 2016², le contrat d'assurance groupe doit prévoir les conditions dans lesquelles l'organisme assureur maintient cette garantie au profit des anciens salariés titulaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité, d'une pension de retraite ou, s'ils sont privés d'emploi, d'un revenu de remplacement³. Cet article offre ainsi aux salariés dont le contrat est rompu, notamment dans le cadre d'une restructuration, la possibilité de continuer à bénéficier de la couverture de leurs frais de santé sans que l'organisme assureur ne puisse subordonner le maintien de cette garantie à une condition de période probatoire, à des examens ou à des questionnaires médicaux. Ce texte interdit donc à l'organisme assureur de se livrer à une quelconque sélection médicale ; tous les anciens salariés titulaires d'une rente invalidité ou incapacité, d'une pension de retraite ou bénéficiaires d'allocations chômage ont droit au maintien de cette couverture, quel que soit leur état de santé. Eu égard à l'augmentation croissante du coût des frais médicaux dont le régime de base prend en charge une part de plus en plus réduite, ce texte offre donc une protection essentielle aux salariés en cas de rupture de leur contrat de travail.

979. Condition du bénéfice du maintien de la garantie « frais de santé ». Un salarié dont le contrat est rompu dans le cadre d'une restructuration peut bénéficier du maintien de la couverture des frais de santé à condition d'en faire la demande dans les six mois suivant la rupture de son contrat ou, le cas échéant, avant l'expiration de la période pendant laquelle il bénéficie de la portabilité temporaire de ces garanties⁴. La loi du 14 juin 2013 a en effet répondu au vœu formulé, tant par certains auteurs⁵, que par les partenaires sociaux qui avaient

¹ Loi n° 89-1009 du 31 déc. 1989, préc.

² Art. 1^{er} ANI du 11 janv. 2013 ; Loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc., art. 1^{er}.

³ L'article 4 de la loi Evin prévoit aussi le maintien de la couverture frais de santé au profit des ayants-droit de l'assuré décédé. Ce maintien doit être garanti pour une durée minimale de douze mois à condition que les ayants-droit en aient fait la demande dans les six mois du décès de l'assuré ; art. 4 loi n° 89-1009, du 31 déc. 89, préc.

⁴ Loi n° 89-1009 du 31 déc. 1989, préc., art. 4.

⁵ En ce sens notamment, X. LAGARDE, art. préc. ; P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, 2^{ème} éd., LexisNexis, p. 840.

demandé aux pouvoirs publics de prendre les dispositions nécessaires pour que le terme du délai de 6 mois prévu à l'article 4 de la loi Evin soit reporté à la date à laquelle le salarié cesse de bénéficier du maintien des garanties des couvertures complémentaires santé et prévoyance au titre de la portabilité, lorsque la durée de ce maintien est supérieure à 6 mois¹. En effet, jusqu'alors le délai pendant lequel le salarié licencié pouvait bénéficier du maintien des garanties collectives au titre de la portabilité se superposait à celui au cours duquel le salarié devait contacter l'organisme assureur pour conclure un contrat individuel maintenant la garantie frais de santé, en application de l'article 4 de la loi Evin². La loi du 14 juin 2013 a donc modifié cet article, afin d'articuler les dispositifs de portabilité de l'ensemble de la couverture sociale complémentaire en vigueur dans l'entreprise et le possible maintien à titre individuel de la garantie frais de santé prévu par l'article 4 de la loi Evin. Désormais, sous réserve d'être éligible au dispositif de la portabilité, le salarié dont le contrat est rompu, dans le cadre d'une restructuration notamment, bénéficie dans un premier temps du maintien automatique et à titre gratuit de l'ensemble de la couverture frais de santé et prévoyance en vigueur dans son ancienne entreprise pendant une durée maximale d'un an, puis peut, dans un second temps, s'il en fait la demande à l'organisme assureur avant l'expiration de son droit à portabilité, bénéficier du maintien de la garantie frais de santé en vigueur dans son ancienne entreprise moyennant un tarif susceptible d'être majoré.

980. Modalités du maintien de la garantie frais de santé. Si le salarié en a fait la demande dans le délai prévu à l'article 4 de la loi Evin, l'organisme assureur doit lui proposer un contrat individuel d'assurance conforme aux modalités précisées dans le contrat d'assurance groupe dont le tarif ne pourra en tout état de cause pas être supérieur de 50 % aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs³. Afin de contourner cette limitation légale de l'augmentation du tarif individuel de la couverture santé par rapport au tarif collectif, certains organismes assureurs ont imaginé de proposer des « régimes d'accueil » propres aux anciens salariés, avec des garanties remaniées censées être adaptées à la situation particulière de ces adhérents, ce qui rendait impossible en pratique la vérification par les juges du respect du plafond des tarifs. Cette pratique a été censurée par la Cour de cassation dans un arrêt capital du 7 février 2008 dans lequel elle énonce « *qu'il ne peut être dérogé par voie de convention*

¹ Avenant du 18 mai 2009, préc.

² Art. 4 loi Evin, modifié par la loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

³ D. n° 90-769 du 30 août 1990 pris pour l'application des articles 4, 9 et 15 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JORF du 1^{er} sept. 1990, p. 10664, art. 1^{er}.

aux dispositions d'ordre public de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 qui prévoient le maintien à l'ancien salarié privé d'emploi de la couverture résultant de l'assurance de groupe souscrite par l'employeur pour la garantie des frais de santé »¹. L'article 4 de la loi Evin assure donc au profit des anciens salariés le maintien de la même couverture que celle offerte aux salariés encore en poste dans l'entreprise. Les organismes assureurs ne peuvent procéder ni à une sélection médicale, ni modifier la couverture des frais de santé maintenue au profit des anciens salariés. Le droit social offre ainsi une réelle protection aux salariés en cas de rupture de leur contrat, consécutive (ou non) à une restructuration, puisqu'ils continuent à bénéficier de la même garantie des frais de santé après leur licenciement, moyennant une augmentation des tarifs cantonnée à 50 % du tarif appliqué aux salariés encore en poste². Toutefois, si les juges font peser sur les organismes assureurs la charge de la preuve du respect de ce plafond³, ces derniers peuvent dans une certaine mesure continuer à contourner l'obligation relative à la limitation de l'augmentation du tarif, en créant dans le cadre du contrat d'assurance groupe un tarif unique pour l'ensemble des couvertures frais de santé et prévoyance lourde rendant ainsi l'examen judiciaire de cette question particulièrement délicat⁴.

Si l'article 4 de la loi Evin accorde aux salariés privés d'emploi une protection moindre que celle assurée par la portabilité de leurs droits, puisque seule la garantie frais de santé est maintenue, à l'exclusion de la couverture prévoyance, et que ce maintien se fait dans le cadre d'un contrat individuel d'assurance susceptible d'entraîner une hausse des tarifs de 50 %, l'articulation des deux dispositifs assurée par la loi du 14 juin 2013 est de nature à assurer une réelle préservation de la situation des salariés en termes de protection sociale complémentaire lorsque leur contrat de travail est rompu, notamment dans le cadre d'une restructuration. Si ces dispositifs s'appliquent à l'ensemble des hypothèses de rupture du contrat de travail⁵, qu'elle résulte d'une restructuration ou non, et ne sont donc pas des mécanismes propres à la protection des salariés face à de telles opérations, ils n'en contribuent

¹ Cass. soc., 7 fév. 2008, Bull. civ. II, n° 25 ; JCP G 2008, II, 10059, note D. NOGUERO ; JCP S 2008, 1227, note F. KESSLER et Y.-E. LOGEAIS ; JCP E 2008, 1611, note D. PIAU et L. LAUTRETTE ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 151, note G. COURTIEU.

² Il convient d'indiquer que le Ministre du travail, interrogé lors des questions au gouvernement à l'Assemblée nationale sur l'obligation faite aux organismes assureurs de ne pas dépasser de plus de 50 % les tarifs applicables aux actifs, a précisé que cette augmentation s'applique sur la globalité du tarifs des actifs c'est-à-dire en prenant en compte les parts salariale et patronale de cotisation ; Rep. min. n° 47770, JOAN Q, 1^{er} juin 2010, p. 6086.

³ Cass. 2^{ème} civ., Bull. civ. II, n° 280 ; Resp. civ. et assur. 2004, comm.. 309.

⁴ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.*, p. 1096.

⁵ À l'exclusion du licenciement pour faute lourde par le salarié.

pas moins à assurer la préservation de la situation des salariés, grâce au maintien de tout ou partie du régime de protection sociale complémentaire après la rupture de leur contrat intervenue dans le cadre d'une restructuration.

Non seulement les salariés peuvent bénéficier du maintien des garanties après avoir perdu leur emploi, mais ils ont également droit après la rupture de leur contrat au maintien des prestations afférentes aux risques réalisés alors que leur contrat de travail était en cours d'exécution.

b - Maintien des prestations immédiates ou différées par delà la rupture du contrat.

981. Si la loi Evin a pris soin d'envisager le maintien de la garantie des frais de santé après la rupture du contrat de travail, elle ne s'est en revanche pas penchée sur le sort des prestations nées ou acquises au cours de l'exécution du contrat de travail rompu¹, pas plus que la loi Veil ne s'est intéressée à cette question en matière de retraite supplémentaire². Il est relativement curieux que la loi Evin n'ait pas réglé le sort des prestations nées ou acquises au cours de l'exécution du contrat de travail en cas de rupture de ce dernier, alors même que son article 4 impose le maintien de la garantie frais de santé dans une telle hypothèse, et que son article 7 prévoit que la rupture du contrat d'assurance groupe est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées nées ou acquises au cours de l'exécution de ce contrat.

982. *Maintien jurisprudentiel des prestations immédiates ou différées en cas de rupture du contrat de travail.* La carence du législateur a été comblée par la Cour de cassation qui affirme au visa de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, seul ou accompagné de l'article 1134 du Code civil, que « *lorsque des salariés sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, la cessation de la relation de travail est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant cette relation* »³. Cette solution ne peut qu'être approuvée en ce que,

¹ Loi n° 89-1009 du 31 déc. 1989, préc.

² Loi n° 94-678, du 8 août 1994, préc.

³ Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, Bull. civ. II, n° 100 ; JCP S 2008, 1458, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; JCP G 2008, II, 10112, note L. MAYAUX.

si la rupture du contrat de travail brise le lien exigé par l'article L. 141-1 du Code des assurances entre le souscripteur (l'employeur) et l'adhérent (le salarié) et fait donc sortir ce dernier du champ du contrat d'assurance groupe, elle ne saurait pour autant remettre en cause des droits acquis par le salarié sur le fondement de ce contrat. Si le droit à prestations est né avant la rupture du contrat de travail, il est en effet pleinement conforme au droit des assurances d'exiger la poursuite du versement des prestations après la rupture du contrat.

983. Naissance du droit à prestation avant la rupture. Dans la mesure où, en matière de protection sociale, un droit éventuel se mue en droit acquis au jour de la réalisation du risque (ou de la liquidation de la retraite), si les conditions contractuelles ouvrant le droit aux prestations sont réunies avant la rupture du contrat, l'organisme assureur doit assumer le versement des prestations après la perte d'emploi. À l'inverse, si le droit à prestations (immédiates ou différées) n'est pas ouvert avant la rupture du contrat, le salarié ne saurait se prévaloir d'un quelconque droit auprès de l'organisme assureur après la rupture de son contrat. Le plus souvent, les régimes de retraite supplémentaire à prestations définies subordonnent l'ouverture du droit à pension à la présence du salarié dans l'entreprise au jour de la liquidation de sa retraite, condition de présence jugée licite à plusieurs reprises par la jurisprudence¹. La rupture du contrat de travail résultant par exemple du licenciement pour motif économique du salarié décidé dans le cadre d'une restructuration empêche donc la réalisation de la condition de présence dans l'entreprise au jour de la liquidation de la retraite. La jurisprudence estime ainsi qu'« *un régime de retraite à prestations définies, [qui a] pour objet de procurer [aux salariés], un avantage consistant en la garantie, sous condition de leur présence dans l'entreprise jusqu'à l'âge de la retraite, du versement d'un complément de pension de retraite qui ne [peut] être individualisé qu'au moment de son règlement ; (...) ce régime ne [confère] au salarié aucun droit acquis à bénéficier d'une quote-part de la pension en cas de rupture de son contrat de travail avant l'âge de la retraite* »². Le droit à prestation n'étant pas né avant la rupture du contrat de travail, le salarié ne peut revendiquer aucun droit acquis.

Toutefois, si les salariés dont le contrat de travail est rompu à l'occasion de la restructuration de leur entreprise ne bénéficient d'aucun droit acquis au titre du régime à prestations définies avant la liquidation de leur retraite, la Cour de cassation estime que si leur licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse « *la perte d'une chance de pouvoir*

¹ Cass. soc., 30 avr. 2003, RJS 2003, n° 954.

² Cass. soc., 31 mai 2011, n° 09-71.350, Bull. civ. V, n° 130 ; JCP S 2001, 1428, note B. BOSSU.

bénéficier un jour de l'avantage de retraite applicable dans l'entreprise » constitue un préjudice qui doit être réparé par l'employeur¹. Si l'exercice fautif par l'employeur de son pouvoir de licencier conduit à la perte d'une chance de bénéficier d'une pension de retraite supplémentaire, il est logique qu'il soit tenu d'indemniser le salarié qui subit un préjudice, étant rappelé que seuls les dommages certains et non seulement éventuels peuvent donner lieu à réparation. À ce titre, la responsabilité de l'employeur ne sera engagée qu'à la stricte condition que le lien de causalité unissant la rupture irrégulière du contrat et le préjudice résidant dans la perte du droit à prestation de prévoyance soit solidement établi. Ainsi, la Cour de cassation estime que la faute commise par l'employeur qui a licencié sans motif réel et sérieux un salarié est sans lien de causalité avec le préjudice invoqué par la veuve de l'ancien salarié à laquelle l'assureur a refusé le versement de l'assurance-décès souscrite par l'entreprise, au motif que le défunt n'appartenait plus à l'entreprise au jour de son décès². Les anciens salariés ne peuvent donc revendiquer le versement des prestations après la rupture de leur contrat de travail qu'à la stricte condition que le droit à prestation soit né avant cette rupture, peu important que les prestations soient immédiates ou différées.

984. Notion de prestation différée. Lorsque le droit à prestation est né ou a été acquis avant la rupture du contrat, celle-ci est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées. Si ce principe jurisprudentiel s'inspire de l'article 7 de la loi Evin, la notion de prestations différées n'est pas légalement définie. Afin de protéger la situation des salariés qui ont perdu leur emploi, la Cour de cassation adopte une conception relativement extensive de la notion de prestation différée. Selon elle, constitue une prestation différée toute prestation qui résulte d'une maladie ou d'un accident ayant eu lieu alors que le salarié était encore en poste dans l'entreprise et qu'il remplissait les conditions conventionnelles du droit à prestation. Ainsi, l'inaptitude constatée par le médecin du travail après le licenciement du salarié donne lieu au versement de la rente invalidité, si elle constitue une prestation différée de l'incapacité de travail ayant pour origine une maladie ou un accident antérieur à la rupture du contrat de travail³. De même, dans une espèce dans où le contrat d'assurance groupe prévoyait le versement par anticipation du capital décès en cas de classement en invalidité, la Cour de cassation a décidé que, bien que le classement en invalidité ait été postérieur à la rupture du contrat de travail, ce placement étant consécutif à la maladie contractée en cours

¹ Cass. soc., 31 mai 2011, préc.

² Cass. 2^{ème} civ., 8 nov. 2007, Bull. civ. II, n° 246 ; JCP S 2008, 1210, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX.

³ Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, préc.

d'exécution du contrat, le versement par anticipation du capital décès constituait une prestation différée qu'il appartenait à l'organisme assureur de verser¹. En revanche, par principe, les prestations relevant de la garantie décès ne peuvent jamais constituer une prestation différée, dans la mesure où le seul et unique fait générateur de la mise en œuvre de cette garantie est la mort de l'assuré.

Si la Cour de cassation adopte une conception relativement extensive de la notion de prestation différée, notamment en rattachant l'invalidité survenue après la rupture du contrat à la maladie née au cours de son exécution, il est impératif de démontrer que le classement en invalidité est bien la conséquence de la maladie antérieure à la rupture. À ce titre, et conformément au droit commun², la Cour de cassation fait peser la charge de la preuve du lien entre l'invalidité postérieure au licenciement et la maladie antérieure sur le salarié qui réclame une prise en charge de son invalidité à l'organisme assureur³.

Ainsi, s'inspirant des dispositions de l'article 7 de la loi Evin relatives au maintien de certaines prestations suite à la rupture du contrat d'assurance, la Cour de cassation préserve la situation des salariés en leur accordant le droit au maintien des prestations immédiates ou différées acquises ou nées avant la rupture de leur contrat de travail prononcée notamment dans le cadre d'une restructuration. Le droit social accorde donc une certaine protection aux salariés qui perdent leur emploi au cours de l'opération, en assurant le maintien de tout ou partie de leur couverture prévoyance complémentaire et la garantie du droit au versement des prestations immédiates ou différées après la rupture de leur contrat, dès lors que leur droit à prestation est né avant cette rupture. De même, le droit social préserve la situation des salariés en cas de rupture du contrat d'assurance groupe, consécutive par exemple à la suppression du régime de garanties collectives décidée à la suite d'une restructuration, en prévoyant divers mécanismes tendant à éviter que la rupture du contrat d'assurance groupe n'entraîne la perte brutale des droits des salariés en matière de protection sociale complémentaire.

3 - Maintien des garanties et des prestations en cas de rupture du contrat d'assurance groupe.

¹ Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, n° 06-45.137, préc.

² Art. 1315, C. civ.

³ Si l'ancien salarié ne démontre pas que cette invalidité est la conséquence de la maladie antérieure à la rupture du contrat, il ne pourra prétendre au versement par l'organisme assureur des prestations invalidité ; Cass. soc., 18 fév. 2010, JCP S 2010, 1209.

985. Une restructuration peut entraîner la rupture du contrat d'assurance groupe souscrit par l'employeur¹, soit qu'il ait décidé de supprimer les garanties collectives en vigueur dans l'entreprise avant l'opération², soit que l'assureur use de sa faculté annuelle de résiliation estimant, que le contrat d'assurance est déséquilibré depuis la réalisation de l'opération qui induit selon lui un accroissement des risques, etc. En tout état de cause, plusieurs textes protègent les salariés en atténuant les répercussions de la rupture du contrat d'assurance groupe, notamment sur le versement des prestations immédiates ou différées nées ou acquises au cours de l'exécution du contrat d'assurance depuis lors résilié.

986. Droit au versement des prestations immédiates ou différées. L'article 7 de la loi Evin dispose que *« lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution. Le versement des prestations de toute nature se poursuit à un niveau au moins égal à celui de la dernière prestation due ou payée avant la résiliation ou le non-renouvellement, sans préjudice des révisions prévues dans le contrat ou la convention. De telles révisions ne peuvent être prévues à raison de la seule résiliation ou du seul non-renouvellement »*³. Ainsi, les sinistres survenus au cours de la période de validité du contrat d'assurance groupe doivent être pris en charge par l'assureur, tenu de poursuivre le versement des prestations découlant de ces sinistres y compris après la rupture du contrat d'assurance groupe⁴. Il appartient donc à l'organisme assureur de continuer à verser les prestations en cours au moment de la rupture, mais également les prestations différées lorsqu'elles sont nées ou ont été acquises par le salarié pendant l'exécution du contrat d'assurance groupe, depuis lors résilié. À ce titre, le caractère d'ordre public de l'article 7 de la loi Evin interdit aux parties au contrat d'assurance groupe d'y stipuler une *« clause de cessation automatique, à compter de la résiliation du contrat, du paiement des prestations au titre d'un risque (...) réalisé avant cette résiliation »*, une telle clause est

¹ Il convient de préciser que par commodité de langage nous emploierons la locution « rupture du contrat d'assurance groupe » ou « résiliation du contrat d'assurance groupe » pour les hypothèses non seulement de rupture du contrat mais également de non renouvellement de ce dernier lorsqu'il est à durée déterminée.

² En tout état de cause à compter du 1^{er} janvier 2016 au plus tard, il ne pourra pas supprimer la couverture complémentaire remboursement des frais de santé, art. L. 911-7 CSS.

³ Loi n° 89-1009 du 31 déc. 1989, préc., art. 7

⁴ Il convient d'indiquer que la Cour de cassation affirmait déjà dans des affaires dans lesquelles les dispositions de la loi Evin n'étaient pas applicables que *« les prestations liées à la réalisation d'un sinistre survenu pendant la période de validité d'un contrat d'assurance de prévoyance ne peuvent être remises en cause par la résiliation ultérieure »* ; Cass. 1^{ère} civ., 9 fév. 1999, Bull. civ. I, n° 46.

réputée non écrite¹. Ce texte n'interdit pas en revanche aux parties de définir les conditions d'acquisition de la garantie² : ce n'est qu'à la double condition que le sinistre ait eu lieu avant la rupture du contrat d'assurance et que les modalités contractuelles d'ouverture du droit à prestations aient été satisfaites avant cette résiliation, que l'organisme assureur sera tenu de poursuivre le versement des prestations après la rupture du contrat d'assurance groupe³.

L'article 7 de la loi Evin garantit non seulement au salarié, la poursuite du paiement des prestations en cours au jour de la rupture du contrat d'assurance, mais également celui des prestations différées lorsque leur fait générateur est antérieur à cette rupture. Ainsi, et à l'instar de ce que décide la Cour de cassation en cas de rupture du contrat de travail, le droit aux prestations est acquis dès lors que l'invalidité dont est atteint le salarié est consécutive à une maladie ou un accident survenu(e) avant la résiliation du contrat d'assurance. L'assureur est donc tenu d'en assumer le paiement, peu important que le classement en invalidité soit postérieur à la résiliation du contrat⁴. De même, un salarié, victime d'une maladie diagnostiquée et reconnue comme maladie professionnelle avant la rupture du contrat d'assurance, qui a donné lieu à de multiples arrêts de travail antérieurs à cette rupture, doit bénéficier de la prise en charge des arrêts maladie postérieurs à la rupture lorsqu'ils sont la conséquence de la maladie initiale, peu important qu'au jour de la résiliation du contrat d'assurance groupe le salarié ne se soit pas trouvé en arrêt de travail⁵. Ainsi, la maladie est considérée par les juges comme « le fait générateur des garanties multiples liées aux conséquences d'un même fait à l'exception de la garantie « décès » »⁶. En effet, la Cour de cassation estime que sauf stipulation contractuelle contraire⁷, *« le capital décès ne peut constituer une prestation différée au sens de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1989, seule la date de la mort de l'assuré et non la cause du décès étant déterminante du droit au versement de ce capital »*⁸.

Si le capital décès ne peut par principe constituer une prestation différée, l'article 7-1 de la loi Evin oblige toutefois l'organisme assureur à maintenir la garantie décès en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité, et précise que la résiliation du contrat d'assurance

¹ Cass. 2^{ème} civ., 30 juin 2004, Bull. civ. II, n° 336

² Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2009, Bull. civ. II, n° 24 ; JCP E 2009, 1391, note. D. PIAU ; Cass. 2^{ème} civ., 27 mars 2014, n° 13-14.656, Resp. civ. et assur. 2014, comm. 282, G. COURTIEU.

³ Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2007, n° 06-15.108, inédit.

⁴ Cass. soc., 16 janv. 2007, Bull. civ. V, n° 7 ; SSL 2007, n° 1293, p. 8 avis J. DUPLAT ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 138, H. GROUTEL.

⁵ Cass. 2^{ème} civ., 12 avr. 2012, Resp. civ. et assur. 2012, comm. 216, L. DE GRAËVE.

⁶ J. DUPLAT, avis préc.

⁷ Comme une clause prévoyant le versement par anticipation du capital décès en cas d'invalidité par exemple, Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, préc.

⁸ Cass. 1^{ère} civ., 29 avril 2003, Bull. civ. I, n° 99

groupe est « *sans effet sur les prestations à naître au titre du maintien de garantie en cas de survenance du décès avant le terme de la période d'incapacité de travail ou d'invalidité* »¹. La situation des salariés se trouve donc dans une certaine mesure préservée en cas de résiliation du contrat d'assurance groupe intervenant notamment suite à la restructuration de l'entreprise, puisque cette résiliation ne libère pas l'organisme assureur de l'obligation de prendre en charge les prestations nées ou acquises au cours de l'exécution du contrat, que leur versement soit en cours au jour de la rupture ou différé.

987. Revalorisation des prestations. L'article 7 de la loi Evin impose à l'organisme assureur de poursuivre le versement des prestations de toute nature « *à un niveau au moins égal à celui de la dernière prestation due ou payée avant la résiliation ou le non-renouvellement, sans préjudice des révisions prévues dans le contrat ou la convention. De telles révisions ne peuvent être prévues à raison de la seule résiliation ou du seul non-renouvellement* ». En pratique, dans les contrats d'assurance deux types de revalorisation peuvent fréquemment se rencontrer : soit le contrat prévoit un index de revalorisation (sur l'indice INSEE, le point AGIRC, le point bancaire, etc.), soit une clause stipule que les revalorisations sont fixées annuellement par l'assemblée générale ou l'organe décisionnaire de l'organisme assureur en fonction des résultats du contrat². Afin d'éviter que l'application des clauses de revalorisation n'entraîne une révision à la baisse du montant des prestations le législateur fixe un niveau plancher des prestations immédiates ou différées acquises ou nées avant la rupture du contrat d'assurance groupe. Ainsi, en toute hypothèse, leur montant est au moins égal à celui de la dernière prestation versée ou due au salarié avant la résiliation.

L'article 7 de la loi Evin oblige donc l'organisme assureur non seulement à poursuivre le versement des prestations dont le fait générateur est antérieur à la résiliation du contrat d'assurance groupe, mais également à respecter les clauses de revalorisation ou de révision prévues par le contrat résilié. Dans la mesure où, en vertu de ce texte, la résiliation du contrat d'assurance groupe est « sans effet » sur le versement des prestations nées ou acquises antérieurement, les salariés ayant acquis un droit à prestation continuent à bénéficier de l'ensemble des dispositions contractuelles, clauses de revalorisation comprises, afférentes au sinistre antérieur à la rupture. L'article 7 de la loi Evin assure donc une réelle préservation des

¹ Loi n° 89-1009 du 31 déc. 1989, préc., art. 7-1.

² L. LAUTRETTE et D. PIAU, « Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective (articles 4, 6, 7 et 7-1 loi Evin) », Dr. soc. 2007, p. 853.

droits des salariés en instaurant une sorte de « cristallisation » du contenu contractuel à la date de la rupture du contrat d'assurance¹.

988. *Maintien individuel de la garantie.* Si la loi Evin s'est principalement attachée à assurer le maintien des prestations nées avant la rupture du contrat d'assurance, elle envisage tout de même un possible maintien de la garantie. Ainsi, outre l'obligation pour l'organisme assureur de maintenir la garantie décès en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité², l'article 5 de la loi Evin dispose que « *lorsque des salariés sont garantis collectivement, (...), contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, le contrat (...) doit prévoir le délai de préavis applicable à sa résiliation ou à son non-renouvellement ainsi que les modalités et les conditions tarifaires selon lesquelles l'organisme peut maintenir la couverture, sans condition de période probatoire ni d'examen ou de questionnaire médicaux, au profit des salariés concernés, sous réserve qu'ils en fassent la demande avant la fin du délai de préavis.* ». Cet article est également applicable aux anciens salariés qui bénéficient de la portabilité de leurs droits en matière de protection sociale complémentaire au titre de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale³. Ces derniers, à l'instar des salariés encore en poste, peuvent donc, en cas de rupture du contrat d'assurance, solliciter le maintien à titre individuel de la garantie prévoyance dans son ensemble, sans que l'organisme assureur ne puisse procéder à ni à une sélection médicale, ni à une sélection des risques. Cependant, à la différence des prévisions de l'article 4 de la loi Evin relatif au maintien à titre individuel de la garantie frais de santé, l'article 5 ne fixe aucune limite à l'augmentation du tarif de la couverture.

989. *Poursuite de la gestion des fonds en cas de rupture du contrat de retraite supplémentaire.* Si la loi Evin a envisagé le sort des garanties et des prestations en cas de résiliation du contrat d'assurance groupe⁴, la loi Veil n'a, pour sa part, pas réglé les conséquences de la rupture des contrats de retraite supplémentaire⁵, qui sont le plus souvent

¹ En ce sens, L. LAUTRETTE et D. PIAU, art. préc.

² Loi n° 89-1009, du 31 décembre 1989, préc., art. 7-1.

³ Pour mémoire, les dispositions de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale sont entrées en vigueur au 1^{er} juin 2014 pour le maintien des droits à couverture des frais de santé et seront applicables à compter du au 1^{er} juin 2015 au maintien des droits à couverture des risques décès, incapacité ou invalidité, loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, .art. 1^{er}, X.

⁴ Loi n° 89-1009 du 31 déc. 1989, art. 7, préc.

⁵ Loi n° 94-378, du 8 août 1994, préc.

aménagées conventionnellement. La rupture d'un contrat de retraite à prestations définies qui accompagne la suppression du régime de retraite en cas de restructuration n'exonère pas l'organisme assureur de l'obligation de continuer à verser et à revaloriser les pensions déjà liquidées jusqu'à épuisement des fonds¹. Il est relativement fréquent par ailleurs que les contrats prévoient, soit le possible transfert des fonds en cas de changement d'assureur, soit la restitution des fonds à l'employeur. Si les conséquences de la résiliation du contrat de retraite à prestations définies sont le plus souvent réglées conventionnellement, il en va de même pour les contrats de retraite à cotisations définies. Ainsi, lorsqu'une restructuration entraîne la suppression du régime de retraite à cotisations définies, et avec lui la résiliation du contrat de retraite supplémentaire, l'organisme devra continuer à gérer les fonds recueillis jusqu'alors. Il n'est pas rare que ces contrats prévoient la possibilité pour le salarié de transférer son épargne vers un autre contrat de retraite supplémentaire. Cette solution conventionnelle est particulièrement adaptée au contexte des restructurations, notamment en cas de transfert d'entreprise, puisqu'elle permet au salarié de transférer les sommes épargnées vers le contrat de retraite supplémentaire en vigueur chez son nouvel employeur, faculté subordonnée en pratique à l'identité des caractéristiques des contrats en vigueur chez les employeurs successifs².

La situation des salariés en cas de résiliation du contrat d'assurance groupe est donc relativement préservée, grâce au maintien des prestations immédiates et différées nées ou acquises avant cette rupture, et au possible maintien à titre individuel de la couverture prévoyance. Cette protection se trouve en quelque sorte renforcée par les textes relatifs au changement d'organisme assureur, puisqu'il est relativement fréquent que la résiliation d'un contrat d'assurance groupe soit concomitante à la conclusion d'un nouveau contrat avec un autre organisme assureur, hypothèse dans laquelle le droit social protège également la situation des salariés.

4 - Le sort des droits des salariés en cas de succession d'organismes assureurs.

¹ En ce sens, H. OUAISSI, th. préc., p. 208.

² En ce sens, H. OUAISSI, th. préc., p. 209.

Bien que les clauses de désignation et de migration, inconstitutionnelles, ne puissent plus imposer un changement d'organisme assureur après une restructuration, celle-ci peut tout même entraîner un tel changement, notamment parce que les conditions tarifaires des organismes recommandés au niveau de la branche sont plus intéressantes pour l'entreprise restructurée, ou parce que l'organisme assureur initial a décidé de résilier le contrat et qu'il refuse d'assurer la collectivité de travail de l'entreprise issue de l'opération dont les caractéristiques génèrent un accroissement considérable des risques, etc. Dans une telle hypothèse, le contrat d'assurance groupe conclu avec l'assureur initial sera résilié et un nouveau contrat sera conclu avec un autre organisme, l'entreprise n'étant plus contrainte d'adhérer à l'un des organismes recommandés par les partenaires sociaux au niveau de la branche. Cette succession d'organismes assureurs, qui implique le plus souvent une modification concomitante du régime de garanties collectives, n'est pas sans avoir d'incidences sur la situation des salariés, laquelle se trouve préservée par le droit social qui impose le maintien de certaines prestations et garanties (a) et autorise le transfert des droits des salariés (b).

a - Maintien de certaines prestations et garanties en cas de succession d'organismes assureurs.

990. Obligation d'information. Si l'employeur décide de changer d'organisme assureur, il est tenu de remettre aux salariés la notice d'information afférente au nouveau contrat, qui doit détailler précisément les garanties ainsi que leurs modalités de mise en œuvre en indiquant précisément les droits et obligations des parties¹. Si l'employeur ne communique pas cette notice au salarié les clauses restrictives ou limitatives de garantie lui seront inopposables, peu important que le contrat d'assurance ait été transmis au salarié et qu'il l'ait signé². Pour mémoire, ce défaut d'information est susceptible d'engager la responsabilité de l'employeur, à l'instar de celle de l'employeur qui ne serait pas à même de prouver qu'il a bien remis cette notice après le changement d'assureur.

991. Poursuite de la revalorisation des rentes en cours de service et maintien de la garantie décès. L'article L. 912-3 du Code de la sécurité sociale dispose que lorsqu'est

¹ Art. 12 loi Evin, préc., art. L. 141-4 C. ass., art. L. 932-6 CSS, art. L. 221-6 C. mut.

² Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1996, Bull. civ. I, n° 107.

instituée la couverture sous forme de rente du décès, de l'incapacité de travail ou de l'invalidité, la norme collective support du régime doit organiser la poursuite de la revalorisation des rentes en cours de service en cas de changement d'organisme assureur. Ce texte impose également que l'accord collectif ou référendaire, ou la décision unilatérale ayant instauré le régime, prévoie le maintien de la garantie décès au profit des bénéficiaires d'une rente d'incapacité de travail ou d'invalidité en cas de changement d'organisme assureur, en précisant que la revalorisation des bases de calcul des différentes prestations relatives à la garantie décès doit être au moins égale à celle prévue par le contrat d'assurance groupe résilié¹. La finalité de ce texte est ainsi de préserver la situation des salariés les plus fragilisés du fait de leur incapacité de travail ou de leur invalidité, en imposant à l'employeur de prévoir, non seulement le maintien de la garantie décès au profit des salariés percevant une rente incapacité de travail ou invalidité, mais également la poursuite de la revalorisation des rentes en cours de service, ainsi que celle des prestations décès à un niveau au moins équivalent à celui prévu par le contrat résilié. À ce titre, l'accord collectif ou référendaire ou la décision unilatérale de l'employeur instaurant le nouveau régime doit notamment déterminer le *quantum* de la revalorisation, mais aussi quel organisme assureur (celui dont le contrat a été résilié ou le nouveau) assurera la reprise de ces obligations².

992. Articulation délicate des articles 2 et 7 de la loi Evin relatifs aux obligations respectives des assureurs successifs. L'article 2 de la loi Evin dispose que lorsque les salariés sont garantis collectivement à titre obligatoire « *contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, l'organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat (...), sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration. Aucune pathologie ou affection qui ouvre droit au service des prestations en nature de l'assurance maladie du régime général de sécurité sociale ne peut être exclue du champ d'application [du contrat d'assurance groupe] (...) [dans ces] dispositions relatives au remboursement ou à l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident.* ». Ce texte s'applique également aux anciens salariés bénéficiant de la portabilité de leur couverture sociale complémentaire en application de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale³. L'article 2 de la loi Evin

¹ Art. L. 912-3, CSS.

² En ce sens, B. SERIZAY, art. préc.

³ Art. 2, Loi Evin, *in fine*, modifié par la loi n° 2013-504, du 14 juin 2013, préc.

interdit donc toute sélection des risques et des individus d'un même groupe. L'organisme assureur qui accepte d'assurer la collectivité des salariés ne peut refuser de prendre en charge un salarié ou un risque au regard de l'état de santé du bénéficiaire. Si cet article a été introduit principalement pour régir l'hypothèse de la conclusion du contrat d'assurance groupe initial, il n'en a pas moins vocation à s'appliquer également en cas de succession d'organismes assureurs, ce qui n'est pas sans soulever certaines difficultés lorsqu'il s'agit de l'articuler avec l'article 7 de la loi Evin. En effet, l'article 7 impose à l'organisme assureur dont le contrat est résilié de poursuivre le versement des prestations immédiates ou différées acquises ou nées pendant la période de validité du contrat. Ainsi, en cas de succession d'organismes assureurs la combinaison de ces deux articles pourrait laisser croire à l'existence d'un « trop plein juridique »¹ : l'organisme sortant devant assurer le paiement des prestations différées nées sous l'empire du contrat résilié, et l'organisme entrant devant quant à lui prendre en charge la suite des états pathologiques antérieurs.

Toutefois, la Cour de cassation affirme fort logiquement que *« dès lors que deux contrats d'assurance groupe organisant un régime de prévoyance ont été successivement souscrits auprès d'assureurs différents par un même employeur au profit de ses salariés pour la garantie d'un même risque, il ne peut y avoir lieu au cumul des garanties décès prévues dans les deux contrats en cause, la charge du capital décès incombant à l'un ou à l'autre des assureurs, mais en aucun cas aux deux »*². Si la Cour de cassation exclut tout cumul des prestations identiques prévues par les deux contrats d'assurance groupe successifs, elle se garde de désigner l'organisme tenu de prendre en charge le risque. Il semble toutefois que l'organisme sortant soit tenu d'assumer le versement des prestations immédiates ou différées lorsque leur fait générateur s'est réalisé alors que le contrat d'assurance groupe souscrit auprès de lui était en vigueur, comme le prévoit l'article 7 de la loi Evin. Cette solution s'impose d'autant plus que le dernier alinéa de ce texte impose à l'organisme assureur de constituer des provisions *« représentées par des actifs équivalents »* pour garantir ses engagements. Dans la mesure où les organismes assureurs sont tenus au provisionnement intégral du passage de l'incapacité à l'invalidité, ces provisions constituées par l'organisme sortant ont *de facto* été intégrées dans sa tarification et ont donc à ce titre déjà été payées par l'entreprise et/ou les salariés. L'organisme sortant ne peut donc invoquer le non-provisionnement de la transformation du sinistre pour tenter de s'exonérer de son obligation. Comme le soulignent Michel BOIXADER et Franck VINCENS « dans le cas contraire, il

¹ M. BOIXADER et F. VINCENS, « De la nécessité de préciser la loi Evin ? », JCP S 2008, 1282.

² Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 385 ; Resp. civ. et ass. 1998, chron. n° 11, G. COURTIEU.

serait choquant que les assurés aient à payer le financement de leurs garanties une seconde fois auprès du nouvel organisme assureur lequel affectera à sa tarification une surprime au titre des sinistres en cours »¹. Cette analyse est corroborée par la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la notion de prestations différées, qui fait prévaloir l'article 7 sur l'article 2 de la loi Evin en estimant que si l'invalidité du salarié constatée après la résiliation du contrat est la suite d'une incapacité survenue antérieurement, l'organisme assureur sortant doit assurer le versement des prestations invalidité au titre de l'article 7 de la loi Evin².

L'articulation des articles 2 et 7 de la loi Evin plaide donc en faveur d'une prise en charge par l'assureur sortant des prestations différées dont le fait générateur est survenu sous l'empire du contrat d'assurance groupe souscrit auprès de lui. Cette solution, difficilement contestable lorsque les deux contrats successifs prévoient des garanties identiques ou que le second est moins favorable, n'est pas sans soulever certaines difficultés dans l'hypothèse où le second contrat prévoirait de nouvelles garanties ou des garanties plus favorables. En effet, un salarié percevant une rente invalidité n'en reste pas moins salarié de l'entreprise et à ce titre peut revendiquer le bénéfice du nouveau régime de garantie en vigueur au sein de celle-ci ayant donné lieu à la conclusion du second contrat d'assurance. Sauf à s'exposer au risque d'une condamnation au titre d'une discrimination prohibée fondée sur l'état de santé, on voit mal comment il serait possible de priver le salarié en incapacité au moment du changement d'organisme, du droit de revendiquer par la suite le bénéfice d'une meilleure couverture de son invalidité postérieure ou de prestations complémentaires non prévues par le contrat résilié³. De ce point de vue, il semble que le salarié bénéficiant d'une prise en charge par l'organisme sortant en application de l'article 7 de la loi Evin devrait pouvoir prétendre au bénéfice des prestations nouvelles prévues par le contrat d'assurance groupe conclu avec le nouvel organisme assureur, ainsi qu'aux améliorations des garanties susceptibles d'en résulter. À ce titre, et eu égard aux incertitudes entourant cette articulation alors même que les sommes en jeu sont considérables, la proposition de Michel BOIXADER et Franck VINCENS de modifier la rédaction de l'article 2 de la loi Evin semble particulièrement pertinente. Ces auteurs suggèrent ainsi que les premiers alinéas de l'article 2 soient complétés comme suit « Lorsque des salariés sont garantis collectivement (...), contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, l'organisme qui délivre sa garantie prend en

¹ M. BOIXADER et F. VINCENS, art. préc.

² Cass. soc., 16 janv. 2007, Bull. civ. V, n° 7

³ En ce sens, L. LAUTRETTE et D. PIAU, art. préc.

charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion à ceux-ci, sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration *et sauf application de l'article 7. Si un salarié bénéficie du maintien des prestations au titre de l'article 7 de la présente loi et si son contrat de travail est toujours en vigueur lors de la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance ayant le même objet et couvrant la catégorie de personnel à laquelle il appartient, il a droit à l'amélioration des garanties qui peut en résulter* »¹. Dans la mesure où une intervention législative semble peu probable, il est essentiel lors de la rédaction des contrats d'assurance groupe que les parties précisent le niveau des prestations à charge du nouvel organisme assureur, en tenant compte de celles versées par ailleurs à certains salariés par l'organisme assureur sortant en application de l'article 7 de la loi Evin.

Si l'articulation des articles 2 et 7 de la loi Evin est susceptible de soulever des difficultés, il en résulte tout de même une réelle protection de la situation des salariés en cas de changement d'organisme assureur puisque les obligations respectives des organismes successifs assurent le maintien de certaines prestations et garanties. Par ailleurs, des transferts entre organismes sont possibles en cas de succession d'organismes assureurs.

¹ Ces auteurs suggèrent également de clarifier la notion de prestation différée en modifiant la rédaction de l'article 7 de la loi Evin comme suit « Lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution. *Au sens du présent article constitue notamment une prestation immédiate ou différée l'invalidité ou l'incapacité qui fait suite à une incapacité. Toutefois si l'organisme assureur démontre que l'aggravation du sinistre est liée à une cause différente du sinistre initial sa garantie n'est pas due.* (...) », M. BOIXADER et F. VINCENS, art. préc.

b - Le possible transfert des droits entre organismes assureurs successifs.

993. Possible transfert de portefeuille en matière de prévoyance. Diverses dispositions législatives autorisent les sociétés d'assurances, les mutuelles et les institutions de prévoyance à transférer vers un ou plusieurs autres organismes assureurs, tout ou partie de leur portefeuille de bulletins d'adhésion à des règlements ou de contrats de prévoyance complémentaire et des droits et obligations y afférents¹. Un tel transfert doit être autorisé par l'Autorité de contrôle prudentiel qui ne peut l'approuver qu'à la condition que l'organisme cessionnaire dispose, compte tenu du transfert, de la marge de solvabilité nécessaire pour assumer les risques repris. L'approbation par l'Autorité de contrôle prudentiel rend le transfert opposable aux adhérents, participants et bénéficiaires de bulletins d'adhésion à un règlement ou de contrats, à partir de la date de publication de l'approbation au journal officiel². Dans le délai d'un mois à compter de cette publication l'employeur a la faculté de résilier l'adhésion ou le contrat, sauf lorsque l'adhésion résulte d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel. Cette faculté de transfert est particulièrement bienvenue lorsqu'une entreprise à la suite d'une restructuration par exemple change d'organisme assureur pour la prise en charge des garanties collectives de prévoyance complémentaire dont jouissent ses salariés.

994. Transfert des droits individuels en matière de retraite supplémentaire. Les articles L. 132-23 et D. 132-7 du Code des assurances offrent la possibilité aux assurés, en l'occurrence aux salariés, de transférer à titre individuel leur adhésion vers un autre contrat d'assurance groupe en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur ou en cas de rupture de son contrat de travail par exemple. Cette faculté offerte au salarié est particulièrement adaptée au contexte des restructurations notamment en cas de transfert d'entreprise puisqu'il peut ainsi transférer son adhésion vers le contrat d'assurance groupe souscrit par le cessionnaire ou, lorsqu'il a été licencié pour motif économique, vers le contrat d'assurance groupe de son nouvel employeur lorsqu'il retrouve un emploi. Le transfert ne peut avoir lieu qu'à la stricte condition que le salarié ne soit plus tenu d'adhérer au contrat d'assurance collective de retraite. De surcroît, le salarié ne peut transférer son adhésion

¹ Art. L. 931-16 CSS (institutions de prévoyance) ; art. L. 324-1 et L. 324-1-1 C. ass. (entreprises d'assurance) et art. L. 212-11, C. mut. (mutuelles).

² Art. L. 931-16 CSS (institutions de prévoyance) ; art. L. 324-1 et L. 324-1-1 C. ass. (entreprises d'assurance) et art. L. 212-11, C. mut. (mutuelles).

assortie de la provision mathématique vers un autre contrat d'assurance collective de retraite qu'à la condition que les contrats soient de même nature, et que le contrat d'assurance collective initial contienne une clause de transférabilité qui doit être reproduite dans la notice remise par l'employeur aux salariés¹. Lorsque le salarié demande le transfert de son adhésion, la valeur de transfert des droits individuels du contrat d'origine en cours de constitution lui est notifiée ainsi qu'à l'entreprise d'assurance du contrat d'accueil dans les trois mois suivant la réception de la demande. Cette notification est accompagnée de l'indication des délais et modalités selon lesquelles l'adhérent peut renoncer au transfert. Le salarié dispose alors d'un délai de quinze jours à compter de la date de notification de la valeur de transfert pour y renoncer.

À compter de l'expiration de ce délai, l'entreprise d'assurance du contrat d'origine procède, dans un délai de quinze jours, au versement direct à l'entreprise d'assurance du contrat d'accueil, d'une somme égale à la valeur de transfert. Ce délai de quinze jours ne court pas tant que l'entreprise d'assurance du contrat d'accueil n'a pas notifié à l'entreprise d'assurance du contrat d'origine son acceptation du transfert. La possibilité offerte aux salariés de transférer leurs droits individuels en cours de constitution à une pension de retraite supplémentaire se révèle ainsi particulièrement opportune en cas de restructuration, puisqu'elle permet aux droits individuels en cours de constitution de « suivre » le salarié lorsqu'il est amené à changer d'employeur dans le cadre d'un transfert d'entreprise, ou lorsqu'il retrouve une activité professionnelle après son licenciement pour motif économique.

Le droit social préserve ainsi la situation des salariés en cas de succession d'organismes assureurs, susceptible de découler de la réalisation d'une restructuration, grâce à la faculté de transférer entre organismes assureurs tout ou partie des portefeuilles de prévoyance, et à celle accordée aux salariés de transférer leurs droits individuels en matière de retraite supplémentaire. Surtout, le droit social protège la situation des salariés en cas de changement d'organisme assureur en imposant à l'employeur non seulement de prévoir la revalorisation des rentes en cours de service, mais aussi le maintien de la garantie décès au profit des salariés les plus fragilisés du fait de leur incapacité de travail ou de leur invalidité. Enfin, la combinaison des articles 2 et 7 de la loi Evin, aussi délicate soit elle, permet de réellement protéger les salariés en cas de succession d'organismes assureurs, consécutive

¹ Art. D. 132-7, C. ass.

notamment à une restructuration, en assurant le maintien de certaines prestations et garanties grâce aux obligations respectives des organismes sortant et entrant.

Si la réalisation d'une restructuration est susceptible d'emporter modification ou suppression du régime de garanties collectives instaurées dans l'entreprise (sous réserve du maintien de la couverture obligatoire remboursement des frais de santé à compter du 1^{er} janvier 2016)¹, et bien que le droit social ne prévoie pas de dispositions propres au sort des régimes de protection sociale complémentaire, ce dernier assure la protection des droits des salariés en imposant le maintien de certaines prestations et garanties en cas de rupture du contrat de travail, de rupture du contrat d'assurance groupe ou de changement d'organisme assureur, autant d'hypothèses susceptibles de découler de la réalisation d'une restructuration.

¹ Art. L. 911-7 CSS.

CONCLUSION DU CHAPITRE

995. À défaut de pouvoir remettre en cause, ou ne serait-ce qu'influer sur la décision de restructuration, le droit social préserve la situation collective des salariés en empêchant qu'une telle opération entraîne la disparition brutale des droits qu'ils tirent de leur statut collectif. Si, au nom de la liberté d'entreprendre, l'employeur est libre de réorganiser son entreprise comme il le souhaite, de céder des activités, d'en acquérir de nouvelles, il n'a pas pour autant l'entière maîtrise du sort des droits et avantages dont bénéficient les salariés au titre de leur statut collectif. Si la restructuration est susceptible d'affecter les divers éléments composant le statut collectif des salariés, elle ne peut en revanche entraîner leur suppression automatique.

Outre la garantie du maintien des usages et engagements unilatéraux de l'employeur (auxquels il peut toutefois aisément mettre un terme), le droit social assure la survie temporaire des conventions et accords collectifs dont l'application peut être mise en cause par la restructuration de l'entreprise. Les salariés continuent ainsi à bénéficier, pendant quinze mois maximum de l'ensemble des dispositions conventionnelles, tant individuelles que collectives, mises en cause par l'opération. Seule la conclusion d'un accord de substitution dans ce délai peut mettre fin à l'application des conventions et accords collectifs mis en cause. À défaut, les avantages individuels que les salariés ont acquis sur le fondement de ces normes seront contractualisés, et ne pourront donc plus être supprimés ou modifiés sans leur accord.

En confiant aux partenaires sociaux le soin d'adapter le statut collectif mis en cause à la nouvelle réalité économique et sociale de l'entreprise restructurée, le droit social préserve la situation des salariés en assurant en une transition « en douceur » vers le statut collectif désormais applicable dans l'entreprise issue de l'opération. La survie temporaire de l'ensemble du statut collectif négocié, alliée à la « menace » de la contractualisation des avantages individuels acquis, garantit un certain équilibre entre les parties à la négociation les syndicats étant placés dans une « position de force » puisque si le projet d'accord proposé par l'employeur ne les satisfait pas, par exemple parce qu'il remet en cause trop profondément les droits des salariés ou qu'il procède à une harmonisation « par le bas » des statuts collectifs, ils refuseront de le conclure et les salariés bénéficieront du maintien des avantages conventionnels individuels acquis.

La négociation collective se présente comme le moyen le plus approprié pour régler le sort des droits collectifs des salariés parce qu'elle permet la prise en considération des spécificités de l'entreprise une fois la restructuration réalisée, qu'il s'agisse de sa situation économique, des différents statuts collectifs dont bénéficiaient avant l'opération les divers personnels désormais « fondus » dans une collectivité unique de travail, etc. Surtout, la négociation collective permet également de régler les questions techniques particulièrement ardues soulevées par le sort des régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire après la restructuration. En effet, en ces domaines, les dispositions légales sont pour le moins laconiques et laissent ainsi une marge de manœuvre importante aux partenaires sociaux de l'entreprise ou des entreprises concernée(s) pour élaborer les solutions les plus adaptées aux problématiques soulevées par l'impact de la restructuration sur ces régimes.

Ainsi, si le législateur s'est contenté d'énoncer que les régimes d'épargne salariale cessent de s'appliquer lorsque leur maintien après la restructuration est impossible, préservant ainsi les droits des salariés à bénéficier de ces régimes dans toutes les autres hypothèses, bien souvent une restructuration entraînera, si ce n'est disparition du régime d'épargne salariale, sa modification pour l'adapter à la situation de l'entreprise issue de l'opération. Une fois encore, les partenaires sociaux devront se saisir de la question afin d'élaborer les solutions permettant de préserver au mieux les droits des salariés qui, en toute état de cause, conserveront le bénéfice des créances acquises au titre de l'épargne salariale avant la restructuration.

Pour ce qui concerne les droits des salariés en matière de protection sociale, le droit social les protège également, puisqu'une restructuration ne peut en aucun cas affecter le droit au bénéfice du régime de base de la Sécurité sociale ou des régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO. Tout au plus, une telle opération, si elle relève du « régime des fusions », pourra imposer un changement d'institution de retraite complémentaire dont l'impact sur la situation des salariés doit être le plus réduit possible. Le droit social limite en effet au maximum les répercussions d'un changement de caisse de retraite complémentaire sur la situation des salariés, en exigeant que l'alignement du taux de cotisation se fasse sur la base d'un taux moyen pondéré calculé à partir des anciens taux, ou que la clé de répartition de la part de cotisation employeur/salarié retenue soit celle qui est la plus favorable aux salariés ou celle dont bénéficiait la majorité du personnel avant la restructuration. Les régimes de protection sociale complémentaire (prévoyance complémentaire et retraite supplémentaire) dont bénéficient les salariés sont pour leur part plus exposés ; la réalisation d'une restructuration peut affecter la norme collective support du

régime, imposer sa modification et celle du contrat d'assurance groupe y afférent ou entraîner la rupture du contrat de travail qui permettait au salarié d'être assuré dans le cadre de ces régimes. Pour autant, dans ces diverses hypothèses, le droit social préserve dans la mesure du possible la situation des salariés et des anciens salariés licenciés dans le cadre de la restructuration. Il assure ainsi le maintien de certaines garanties et prestations en dépit de la suppression du régime, de la rupture du contrat d'assurance groupe ou du changement d'organisme assureur, ou encore de la rupture du contrat de travail, garantissant une certaine protection aux salariés et à leur famille qui peuvent continuer à bénéficier d'une couverture sociale complémentaire.

Si les restructurations ont, pour la plupart d'entre elles, inmanquablement des répercussions sur le statut collectif des salariés, le droit social les encadre en assurant dans la mesure du possible le maintien, au moins provisoire, des droits que les salariés tirent des normes collectives négociées ou non et des régimes d'épargne salariale et de protection sociale complémentaire. L'extrême diversité des restructurations et de leur impact sur les droits collectifs des salariés, alliée aux problématiques particulièrement ardues que ces opérations peuvent générer lorsqu'il s'agit notamment de déterminer le sort de la créance des salariés au titre des régimes d'épargne salariale ou de retraite supplémentaire par exemple, font de la négociation collective l'instrument privilégié pour assurer la transition entre les statuts collectifs régissant l'entreprise avant et après la restructuration.

Employeurs et organisations syndicales doivent ainsi envisager conjointement le sort de l'ensemble du statut collectif des salariés après la restructuration. De ce point de vue, il est essentiel d'organiser un dialogue social en amont de l'opération, afin d'identifier les problématiques que la restructuration va engendrer : impossibilité de maintenir le régime d'épargne salariale, sort des créances d'épargne salariale, application concomitante de différents statuts collectifs, coexistence de divers régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire, etc. L'ouverture d'une négociation collective entre les partenaires sociaux des entreprises concernées, anticipant les impacts de la restructuration sur le statut collectif des salariés, permet d'élaborer les solutions les mieux adaptées au futur contexte économique et social de l'entreprise. Elle permet surtout de régler le sort de l'ensemble du statut collectif des salariés puisque, dans le cadre de l'accord de substitution, les partenaires sociaux pourront unifier les différents statuts négociés et les droits issus des usages et engagements unilatéraux puisque la conclusion postérieure d'un accord collectif ayant le même objet met fin à l'application du statut collectif non négocié. Les régimes d'épargne salariale et de protection sociale complémentaire étant instaurés par accord collectif ou par

des normes soumises au régime des engagements unilatéraux, cette négociation permettra également de régler l'intégralité des problématiques soulevées par la restructuration, et de mettre en place un statut collectif unique commun à l'ensemble de la collectivité de travail de l'entreprise issue de l'opération, évitant ainsi les tensions entre salariés après la restructuration.

Médium particulièrement approprié pour gérer les répercussions des restructurations sur les droits collectifs des salariés, la négociation collective doit permettre d'envisager sereinement, dans le cadre d'un dialogue apaisé et constructif, le devenir du statut collectif des salariés après l'opération.

Soucieux de préserver la situation collective des salariés, contrepoids au déséquilibre inhérent à leur situation individuelle de subordination juridique et économique, le droit social assure non seulement le maintien, ne serait-ce que temporaire, des droits et avantages issus de leur statut collectif, mais aussi leur droit à être représentés auprès de la direction de l'entreprise. En effet, si l'employeur est libre de décider de restructurer son entreprise, cette décision ne saurait en aucun cas emporter suppression automatique et immédiate des institutions représentatives du personnel. Elles survivent à la restructuration lorsqu'elle ne remet pas en cause l'autonomie de l'entreprise et ne pourront en principe être supprimées qu'avec l'accord des organisations syndicales ou de l'Administration du travail.

CHAPITRE II : LES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA REPRESENTATION DU PERSONNEL.

997. Afin de remédier au déséquilibre inhérent au contrat de travail, et d'offrir un contrepoids à la relation individuelle de travail caractérisée par la subordination juridique du salarié, le droit social organise des relations collectives de travail en assurant notamment aux salariés un droit à la représentation collective auprès de l'employeur lorsque l'entreprise emploie au moins onze salariés. Sont ainsi instaurées des institutions représentatives du personnel par l'intermédiaire desquelles les salariés peuvent participer à la détermination collective de leurs conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise. La mise en œuvre de ce droit fondamental des salariés consacré à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 impose à l'employeur de mettre en place des institutions représentatives du personnel dont l'organisation est calquée sur l'architecture de l'entreprise. Le droit des salariés à la représentation collective est ainsi fonction non seulement des effectifs de l'entreprise (certains seuils déclenchant l'obligation patronale de mettre en place telle ou telle institution), mais aussi de l'organisation structurelle de l'entreprise, et de son éventuelle intégration dans des ensembles plus vastes (groupe ou UES par exemple).

998. Or, si le législateur définit différents niveaux de représentation du personnel, tels que le site, l'établissement distinct, l'entreprise, l'UES ou encore le groupe, il ne détermine pas le périmètre des unités de représentation¹, alors même que la caractérisation de ces unités est fondamentale dans le processus représentatif puisqu'elle conditionne directement la manière dont la représentation est mise en place et s'exerce². Selon Laurence PECAUT-RIVOLIER, « en estimant qu'il n'avait pas à intervenir dans le processus de détermination, le législateur délivre un message : cette détermination ne peut pas résulter d'une définition

¹ Toutefois, la loi du 5 mars 2014 a pour la première fois défini le cadre d'implantation des délégués syndicaux en consacrant à l'article L. 2143-3 du code du travail la définition judiciaire de l'établissement distinct pour l'implantation des délégués syndicaux ; Loi n° 2014-288, du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, JO du 6 mars 2014, p. 4848.

² En ce sens, L. PECAUT-RIVOLIER, « La détermination des unités de représentation », Dr. soc. 2013, p. 316.

légale, elle doit être avant tout souple et adaptable. Elle incombe donc aux partenaires sociaux et, subsidiairement, aux juges »¹, mais aussi et surtout à l'administration du travail.

Parce que l'effectivité du droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise et à la détermination de leurs conditions de travail implique l'institution d'une représentation du personnel au niveau le plus approprié, les unités de représentation doivent être fonctionnelles et relatives. Déterminer le périmètre d'implantation des représentants du personnel implique que soient pris en considération divers paramètres : la mission assignée à l'institution, la communauté de travail qu'elle représente, la capacité des représentants à « se faire entendre de l'employeur ou son représentant pour servir d'intermédiaire à ceux qu'il représente », l'ancrage géographique, l'effectif, etc.

De surcroît, il est essentiel non seulement que les représentants du personnel puissent être en contact avec les salariés qu'ils représentent afin de pouvoir réellement « être leur porte-parole », mais aussi qu'ils soient implantés au(x) niveau(x) au(x)quel(s) se situe réellement le pouvoir de direction. À ce titre, la dilution du pouvoir de direction résultant de la financiarisation de l'économie rend, parfois, illusoire l'instauration d'une représentation du personnel à un niveau pertinent permettant réellement aux salariés de participer par son intermédiaire à la gestion de l'entreprise, dans la mesure où la direction de l'entreprise est parfois contrainte à suivre les directives d'actionnaires, de fonds de pension ou d'institutions financières auprès desquelles aucune représentation des salariés n'est susceptible d'être implantée.

Surtout, la représentation du personnel ne peut être efficace que si elle se calque la structuration de l'entreprise choisie par l'employeur, pour éviter que ce choix ne puisse faire obstacle à la mise en place d'une représentation au niveau adapté. Il serait en effet absurde de ne pas tenir compte des choix organisationnels de l'employeur et de définir un cadre d'implantation des institutions représentatives du personnel indépendant de la structuration choisie par l'employeur². La mise en place des institutions représentatives du personnel étant calquée sur l'architecture structurelle de l'entreprise et sur son éventuelle intégration dans des ensembles plus vastes, la modification de cette organisation résultant d'une restructuration a nécessairement un impact sur la représentation du personnel.

¹ En ce sens, L. PECAUT-RIVOLIER, art. préc.

² En ce sens, L. PECAUT-RIVOLIER, art. préc.

À ce titre, dans la mesure où le niveau d'implantation des institutions représentatives est d'abord et avant tout l'établissement¹, une restructuration induisant une modification du périmètre de l'entreprise a des répercussions sur la représentation collective des salariés, que certains établissements soient cédés ou au contraire acquis ou que certaines activités jusqu'à lors exploitées dans plusieurs établissements soient regroupées au sein d'un seul.

Si les restructurations ont, de longue date, un impact sur la représentation du personnel, il aura fallu attendre la directive du 14 février 1977, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise², maladroitement transposée en droit français par la loi du 28 novembre 1982³, pour que soit envisagé le devenir de la représentation du personnel en cas de restructuration. Afin de protéger la situation collective des salariés en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, l'article 6§1 de la directive du 12 mars 2001, codifiant celle de 1977 modifiée par celle de 1998, dispose que « *Si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement conserve son autonomie [après la restructuration], le statut et la fonction des représentants ou de la représentation des travailleurs concernés par le transfert subsistent, selon les mêmes modalités et suivant les mêmes conditions qu'avant [l'opération]* ».

Ainsi, si l'entité au niveau de laquelle ont été implantées les institutions représentatives du personnel conserve son autonomie, mais également la qualité d'établissement distinct « périmètre naturel » d'implantation de la représentation du personnel, les mandats des représentants du personnel se poursuivront.

Par ailleurs, nombre de restructurations affectent l'effectif de l'entreprise : qu'il s'agisse du prononcé de grands licenciements collectifs ou de la cession de certaines unités de production emportant variation des effectifs à la baisse chez le cédant et à la hausse chez le cessionnaire. Si les restructurations ont fréquemment des répercussions sur le nombre de salariés employés dans une entreprise, soucieux d'assurer une certaine stabilité de la représentation du personnel et d'éviter que le moindre franchissement, à la baisse ou à la

¹ J. SAVATIER, « Le sort des institutions représentatives du personnel après une restructuration d'entreprise », Dr. soc. 1989, p. 38 ; P.-Y. VERKINDT, « L'incidence des transferts d'entreprise sur les instances de représentation du personnel », Dr. soc. 2005, p. 752 ; P. MORAN, *op. préc.*, p. 260 et s. ; L. AICARDI, *Restructurations d'entreprises et relations collectives de travail*, th. sous la dir. de J. PELISSIER, Toulouse, 2001 ; H. OUAÏSSI, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés*, thèse sous la direction de B. TEYSSIE, LGDJ, 2006.

² Dir. n° 77/187/CEE, du 14 fév. 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, JOCE, n° L. 61, 5 mars 1977, p. 26, modifiée pour la première fois par la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998, JOCE n° L. 201, 17 juil. 1998, p. 88, codifiée par la directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, JOCE n° L. 82, 22 mars 2001, p. 16.

³ Loi n° 82-915, du 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel (deuxième loi Auroux), JORF du 29 oct. 1982, p. 3255.

hausse, d'un seuil d'effectif, ne se traduise par une remise en cause immédiate de la représentation du personnel, le droit social encadre leurs répercussions sur la représentation du personnel.

Ainsi, soucieux de préserver le droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants, le droit social encadre le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration modifiant l'organisation structurelle de l'entreprise (Section I) ou le nombre de salariés employés dans l'entreprise (Section II), en essayant d'assurer dans la mesure du possible le maintien des institutions représentatives dont la suppression est subordonnée à l'accord des organisations syndicales ou de l'Administration du travail.

Section I – Le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration affectant l'organisation structurelle de l'entreprise.

999. L'organisation de la représentation du personnel étant calquée sur celle de la structure qui les emploie, toute restructuration emportant modification de l'architecture organisationnelle de l'entreprise est susceptible d'affecter les institutions représentatives du personnel ou des syndicats préexistant à l'opération. Toutefois, afin d'amoindrir les répercussions de cette décision librement arrêtée par la direction de l'entreprise le droit social s'attache à préserver autant que possible le droit des salariés à être représentés collectivement. Ainsi, si, après la restructuration, l'entité concernée conserve son autonomie, et surtout la qualité d'établissement distinct cadre naturel d'enracinement des institutions représentatives du personnel, la représentation du personnel survivra à l'opération (§ 1). En revanche, si celle-ci affecte la qualité d'établissement distinct de l'entité objet de la restructuration les institutions pourront être supprimées. Cependant, afin de préserver la situation des salariés et particulièrement leur droit à être représentés collectivement, le droit social encadre le constat de la perte de la qualité d'établissement qui ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être constatée unilatéralement par l'employeur. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, ce dernier peut lorsqu'aucun syndicat n'a pris la peine de répondre à son invitation à négocier sur la perte de cette qualité par une entité et sur le nouveau découpage électoral de

l'entreprise, procéder seul à la définition du périmètre des différends établissements distincts. Néanmoins, il semble probable que, le plus souvent, la perte de la qualité d'établissement distinct sera constatée par les partenaires sociaux ou la DIRECCTE. En tout état de cause, la perte de cette qualité n'emporte pas suppression automatique des institutions représentatives qui pourront être maintenues conventionnellement (§ 2). Enfin, dans la mesure où le droit social organise une représentation du personnel à un niveau supérieur à l'entreprise ou à la société lorsque celle-ci est membre d'un ensemble plus vaste, une restructuration donnant naissance à une UES, un groupe, une entreprise ou un groupe de dimension communautaire ou à une société européenne ou modifiant le périmètre de ces groupements peut affecter les modalités de la représentation des salariés à ces niveaux, étant précisé qu'en général les instances implantées au niveau de l'entreprise seront pour leur part le plus souvent « épargnées » (§ 3).

§ 1 - Le maintien de la représentation du personnel en cas de restructuration n'affectant ni l'autonomie, ni la qualité d'établissement distinct de l'entité.

1000. Maintien de l'autonomie. Pour préserver la situation collective des salariés et garantir la pérennité de leur représentation en cas de restructuration, le Code du travail prévoit que les mandats des délégués du personnel¹, des membres élus du comité d'entreprise², et des délégués syndicaux³ subsistent lorsqu'après la restructuration, l'entité concernée « *conserve son autonomie juridique* », impliquant ainsi le maintien des institutions représentatives dans cette hypothèse⁴. Ces dispositions ont été édictées par la loi du 28 octobre 1982, qui a maladroitement transposé l'article 5 de la directive du 14 février 1977⁵, repris depuis lors à l'article 6§1 de la directive du 12 mars 2001⁶. En effet, cet article dispose pour sa part que

¹ Art. L. 2314-28, C. trav.

² Art. L. 2324-26, C. trav. ; qui régit aussi le sort du mandat du représentant syndical au comité.

³ Art. L. 2143-10, C. trav.

⁴ Ainsi, pour ce qui concerne les délégués du personnel ou les délégués syndicaux, cette distinction est de peu d'intérêt puisque l'institution fusionne avec la personne du représentant, la continuation de l'institution se confond ainsi dans une certaine mesure avec celle du mandat. En revanche, elle est nettement plus pertinente lorsque sont en cause des institutions dotées de la personnalité morale comme le comité d'entreprise ou d'établissement puisque dans cette hypothèse l'institution est distincte des membres de la délégation du personnel qui la compose dont les mandats peuvent prendre fin alors même que l'institution survit, et *vice versa*.

⁵ Dir. n° 77/18/CEE, art. 5, préc.

⁶ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, préc.

« Si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement **conserve son autonomie**, le statut et la fonction des représentants (...) concernés par le transfert subsistent, selon les mêmes modalités et suivant les mêmes conditions qu'avant la date du transfert »¹. Le droit européen subordonne donc la survie des institutions représentatives du personnel après l'opération au maintien de l'*autonomie* de l'entreprise, sans autre précision. Comme le soulignait Gérard LYON-CAEN, l'ajout du qualificatif « juridique » en droit français « est plus qu'obscur ; il est faux s'agissant d'entreprises ou d'établissements : des sociétés seules ont une autonomie juridique, laquelle implique la personnalité »². En effet, si on s'en tient à la lettre des articles L. 2314-28, L. 2324-26 et L. 2143-10 du Code du travail, les mandats ne pourraient subsister qu'après une restructuration n'affectant pas la personnalité morale de l'entité dans laquelle sont implantées les institutions représentatives ce réduirait à peau de chagrin les hypothèses dans lesquelles la représentation des salariés seraient maintenue après une restructuration. Prenant acte de la « maladresse de plume » du législateur³, la Cour de cassation l'a invité, dans son rapport annuel de 1991, à corriger au plus vite cette erreur afin de mettre fin au non-respect du droit européen⁴. Faute de réaction de sa part, la Cour de cassation a procédé à la mise en conformité du droit français avec le droit européen en affirmant « *qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur telle que mentionnée [à l'article L. 1224-1 du Code du travail], le mandat des délégués du personnel de l'entreprise qui a fait l'objet de la modification subsiste lorsque cette entreprise conserve son autonomie* », peu important qu'elle ne dispose pas après le transfert d'une autonomie juridique, *id est* de la personnalité morale⁵. Cette solution a été étendue à l'ensemble des mandats et institutions représentatives⁶, y compris au comité central d'entreprise ce qui n'est pas sans surprendre.

1001. Maintien du comité central d'entreprise subordonné au seul maintien de l'autonomie matérielle ? Si le seul maintien de l'autonomie de fait de l'entité après la restructuration suffit à assurer la survie des délégués du personnel, du comité d'entreprise ou

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, art. 6§1, préc.

² G. LYON-CAEN, « La concentration du capital et le droit du travail », Dr. soc. 1983, p. 299.

³ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 267.

⁴ Rapp. Annuel, 1991, Doc. fr. 1992, p. 35, 10^{ème} suggestion.

⁵ Cass. soc., 28 juin 1995, Bull. civ. V, n° 219 ; JCP 1996, I 3901, obs. D. GATUMEL

⁶ Cass. soc., 28 juin 1995, préc. (à propos du mandat des délégués du personnel) ; Cass. soc., 18 déc. 2000, Bull. civ. V, n° 433 ; D. 2001, IR 358 ; Dr. soc. 2001, p. 326 (à propos du mandat des délégués syndicaux) ; Cass. soc., 30 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 311 ; D. 2005, IR 12 ; Dr. soc. 2005, p. 353, obs. M. COHEN (à propos du mandat des membres du comité d'entreprise).

d'établissement et des délégués syndicaux, celle du comité central d'entreprise semble quant à lui problématique lorsque l'entreprise conserve son autonomie matérielle mais perd son autonomie juridique. Ainsi, comme le souligne Patrick MORVAN, si le maintien de la seule autonomie matérielle est suffisant pour que les autres institutions subsistent après le transfert, « l'exigence d'un maintien de l'autonomie juridique devrait être suivie à la lettre : il est inconcevable qu'un comité central d'entreprise « demeure en fonctions » si la personnalité morale de l'entreprise n'est pas conservée »¹. Le problème ne se situe pas tant sur la conservation ou la perte de la personnalité morale (puisque l'entreprise, comme l'UES est dépourvue de personnalité juridique)², que sur la logique organisationnelle qui préside à l'instauration d'un comité central d'entreprise. En effet, un comité central d'entreprise est institué lorsqu'une entreprise est divisée en plusieurs établissements distincts afin d'assurer la représentation du personnel au niveau de la direction de l'entreprise. Ainsi, une entreprise à structure complexe est-elle par principe dotée de plusieurs comités d'établissement et d'un seul et unique comité central d'entreprise. Réserver un sort identique au comité central d'entreprise qu'aux autres institutions n'est donc pas sans soulever de problème puisqu'en se limitant à exiger le simple maintien de l'autonomie de l'entreprise absorbée dans l'entreprise d'accueil pour que le comité central de l'entreprise absorbée survive à l'opération revient à autoriser la coexistence de deux comités centraux dans une même entreprise ce qui est théoriquement impossible. Toutefois, et en dépit de l'incongruité de cette solution, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt inédit « *qu'il résulte de l'article [L 2327-11] du Code du travail tel qu'interprété à la lumière de la directive 77/187 CEE du 14 février 1977 qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur telle que mentionnée [à l'article L. 1224-1], le comité central de l'entreprise absorbée demeure en fonctions si l'entreprise conserve en fait son autonomie, peu important qu'elle ait perdu son autonomie juridique* »³. Elle a ainsi approuvé une Cour d'appel d'avoir décidé qu'un salarié représentant au comité central de l'entreprise absorbée avait conservé cette qualité puisqu'à la suite de la fusion-absorption, les établissements de la société absorbée avaient continué à fonctionner, les locaux des établissements étant restés les mêmes et les activités étant toujours identiques la société absorbée avait conservé son autonomie permettant ainsi que son comité central demeure en fonctions après l'absorption⁴.

¹ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 322.

² Seules les sociétés sont dotées de la personnalité juridique.

³ Cass. soc., 15 mai 2002, n° 00-42.989, inédit ; RJS 2002, n° 833.

⁴ Cass. soc., 15 mai 2002, RJS 2002, n° 833.

Cette solution donne lieu à un imbroglio juridique particulièrement malvenu : deux comités centraux pourraient ainsi coexister dans l'entreprise issue de la fusion-absorption alors même que cette institution est par principe unique puisqu'elle représente l'ensemble des salariés des différents établissements auprès de la direction de l'entreprise à structure complexe. Il est à souhaiter que la Cour de cassation révise sa position sur cette question, étant précisé qu'il ne faut pas attribuer une portée excessive à cet arrêt du 15 mai 2002 qui, outre son caractère inédit, est à notre connaissance la seule décision de la Cour de cassation se prononçant sur le sort du comité central après une restructuration.

Lorsqu'à l'issue de la restructuration l'entité dans laquelle sont implantées les institutions représentatives du personnel conserve son autonomie, délégués du personnel, délégués syndicaux, comité d'entreprise ou d'établissement et ses représentants syndicaux ainsi que le CHSCT survivent à l'opération, à condition toutefois qu'une fois restructurée l'entité concernée constitue un établissement distinct. Les institutions restent ainsi en fonctions jusqu'au terme des mandats de leurs membres.

1002. Nécessaire caractérisation d'un établissement distinct après la restructuration.

Outre la présence de l'adjectif « juridique » contraire au droit européen, les dispositions du Code du travail ne transposent pas fidèlement celles de la directive puisque si le droit interne se focalise sur le seul maintien de l'autonomie pour imposer la poursuite des mandats représentatifs, l'article 6§1 de la directive du 12 mars 2001 subordonne leur survie non seulement au maintien de l'autonomie de l'entité, mais aussi à la réunion des « *conditions nécessaires pour la formation de la représentation des travailleurs* »¹. À ce titre, si le maintien de l'autonomie est une condition indispensable au maintien des institutions et à la poursuite des mandats des représentatifs jusqu'à leur terme, elle n'est pas suffisante. Il est également indispensable que l'entité objet de la restructuration réunisse les conditions nécessaires à l'implantation de représentant du personnel, *id est* qu'elle constitue après l'opération un établissement distinct.

De ce point de vue, la CJUE a rendu un arrêt particulièrement intéressant dans lequel elle a retenu une définition de la notion d'« autonomie » dont les traits caractéristiques sont quasi-identiques à ceux de l'établissement distinct pour la mise en place des institutions représentatives du personnel.

¹ Dir. n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, art. 6§1, préc.

En effet, après avoir distingué le maintien de l'identité de l'entité indispensable à la poursuite des contrats avec le nouvel employeur de celui de l'autonomie imposant celle des mandats des représentants du personnel¹, la CJUE affirme que « *selon le sens habituel en langage courant, le terme « autonomie » désigne le droit de se gouverner par ses propres lois. Appliqué à une entité économique, ce terme signifie les pouvoirs, accordés aux responsables de cette entité, d'organiser, de manière relativement libre et indépendante, le travail au sein de ladite entité dans la poursuite de l'activité économique qui lui est propre et, plus particulièrement, les pouvoirs de donner des ordres et des instructions, de distribuer des tâches aux travailleurs subordonnés relevant de l'entité en cause ainsi que de décider de l'emploi des moyens matériels mis à sa disposition, ceci sans intervention directe de la part d'autres structures d'organisation de l'employeur* »². L'autonomie de l'entité est donc maintenue lorsqu'après le transfert, se trouvent à sa tête des responsables dont les pouvoirs organisationnels demeurent inchangés au sein de l'organisation structurelle de l'entreprise cessionnaire, peu important que les personnes auxquelles sont confiés ces pouvoirs ne soient pas les mêmes après la restructuration³. À l'inverse, si « *les travailleurs relèvent, à la suite du transfert, de responsables dont les pouvoirs organisationnels ont été réduits et ne peuvent plus être qualifiés d'autonomes, les intérêts de ces travailleurs ne sont dès lors plus les mêmes et, par conséquent, les modalités et les conditions de leur représentation doivent s'adapter aux changements survenus* »⁴.

La définition européenne de l'autonomie de l'entité dont le maintien est indispensable à la survie de la représentation du personnel contient en filigrane les traits caractéristiques de la notion d'établissement distinct, cadre « naturel » d'implantation des institutions représentatives du personnel⁵. En effet, lorsqu'elle était compétente en matière d'établissement distinct pour l'implantation des délégués du personnel et des délégués syndicaux⁶, la Cour de cassation exigeait la réunion de trois critères : une communauté de

¹ Pour mémoire, l'application des dispositions européennes relatives au maintien des droits des travailleurs est subordonnée à la préservation de l'identité de l'entité à la date du transfert et doit donc être appréciée au jour de la restructuration, alors que « la question relative au maintien de l'autonomie [indispensable à la poursuite des mandats des représentants du personnel] ne s'apprécie qu'à partir du moment où l'existence du transfert, au sens de la directive 2001/23, a déjà été constatée » (CJUE, 29 juil. 2010, aff. C-151/09, pt 34 ; JCP S 2010, 1430, obs. E. JEANSEN ; JSL 2010, p. 286, obs. J.-P. LHERNOULD ; RJS 12/10, p. 807, obs. P. MORVAN). Cette distinction entre le maintien de l'identité de l'entité et le maintien de son autonomie avait déjà été affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt inédit du 13 novembre 2007 ; Cass. soc., 30 nov. 2007, n° 06-41.800, inédit.

² CJUE, 29 juil. 2010, aff. C-151/09, préc.

³ CJUE, 29 juil. 2010, aff. C-151/09, préc., pt 48.

⁴ CJUE, 29 juil. 2010, aff. C-151/09, préc., pt 46.

⁵ En ce sens, P. MORVAN, *op. préc.* p. 308.

⁶ Jusqu'à l'ordonnance du 1^{er} décembre 2005, le juge judiciaire était compétent en matière de litiges relatifs à la reconnaissance de la qualité d'établissement distinct à l'occasion de désignation de délégués syndicaux et des

travailleurs ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications (délégues syndicaux) ou des réclamations (délégues du personnel) spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur¹. Le législateur a d'ailleurs consacré peu ou prou cette position lorsqu'en 2014, il a pour la première fois défini une unité d'implantation de la représentation du personnel, en précisant que les délégués syndicaux peuvent être désignés « *au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques* »². On retrouve ainsi dans la définition judiciaire et législative de l'établissement distinct les références à l'existence à la tête de l'entité d'un responsable doté de pouvoirs organisationnels et aux intérêts spécifiques des salariés transférés qui, selon la CJUE, doivent être identifiables après la restructuration pour que le maintien des mandats s'impose³.

Si, à notre connaissance, il ne s'est pas encore prononcé sur la notion d'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel, le Conseil d'État retient une définition de l'établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement particulièrement proche de celle de l'autonomie retenue par la CJUE. Il exige en effet, outre une implantation

élections des délégués du personnel, l'administration du travail étant pour sa part compétente en matière de reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement. Depuis cette ordonnance, le juge judiciaire conserve seulement une compétence résiduelle en matière d'établissement distinct pour la désignation des délégués syndicaux, l'Administration du travail se prononce quant à elle sur l'existence d'un établissement distinct pour élire les délégués du personnel ou instituer un comité d'établissement (Ord. n° 2005-1478 du 1^{er} déc. 2005 de simplification du droit dans le domaine des élections aux institutions représentatives du personnel, JO du 2 déc. 2005, p. 18641).

¹ Cass. soc., 2 oct. 2001, Dr. soc. 2001, p. 1129, obs. J. SAVATIER ; GADT, 2008, n° 134 ; Cass. soc., 29 janv. 2003, Dr. soc. 2003, p. 453, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 13 juil. 2004, Dr. soc. 2004, p. 1155, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 24 avr. 2003, Dr. soc. 2003, p. 780, obs. J. SAVATIER. Avec la loi du 5 mars 2014 qui autorise l'employeur à procéder unilatéralement au découpage de l'entreprise en établissement distinct lorsqu'aucun syndicat n'a répondu à son invitation de négocier sur cette question, le juge judiciaire est de nouveau compétent lorsque dans une telle hypothèse en cas de contestation du découpage unilatéral. Loi n° 2014-288, du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, JO du 6 mars 2014, p. 4848.

² Art. L. 2143-3, *in fine*, C. trav. ; loi n° 2014-288, du 5 mars 2014, préc.

³ Dans un arrêt du 15 novembre 2011, la Cour de cassation a d'ailleurs repris expressément la définition de la CJUE du maintien de l'autonomie de l'entité en énonçant que « *par arrêt du 29 juillet 2010 (C-151/09, UGT-FSP), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit qu'une entité économique transférée conserve son autonomie, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, dès lors que les pouvoirs accordés aux responsables de cette entité, au sein des structures d'organisation du cédant, à savoir le pouvoir d'organiser, de manière relativement libre et indépendante, le travail au sein de ladite entité dans la poursuite de l'activité économique qui lui est propre et, plus particulièrement, les pouvoirs de donner des ordres et des instructions, de distribuer des tâches aux travailleurs subordonnés relevant de l'entité en cause ainsi que de décider de l'emploi des moyens matériels mis à sa disposition, ceci sans intervention directe de la part d'autres structures d'organisation de l'employeur, demeurent, au sein des structures d'organisation du cessionnaire, en substance, inchangés* », Cass. soc., 15 nov. 2011, Bull. civ. V, n° 264 ; JCP S 2012, 1060, obs. M. MORAND.

géographique distincte et une stabilité du périmètre¹, que l'entité présente une autonomie suffisante c'est-à-dire qu'elle soit dirigée par un représentant de l'employeur qui dispose de pouvoirs en matière de gestion économique et de gestion du personnel², ce qui n'est pas sans rappeler la notion de « *pouvoirs organisationnels* » utilisée par la CJUE pour caractériser l'autonomie nécessaire au maintien des mandats³.

1003. Poursuite des mandats jusqu'à leur terme, sauf dispositions conventionnelles contraires. La cession d'une entité qui conserve la qualité d'établissement distinct chez le cessionnaire emporte continuation des mandats des délégués du personnel, des membres élus du comité d'entreprise ou d'établissement, des représentants syndicaux au comité ainsi que ceux des délégués syndicaux⁴. Si la restructuration porte sur un ou plusieurs établissement(s) distinct(s) conservant ce caractère après l'opération, les mandats des élus au comité d'établissement subsistent, à l'instar de celui du représentant syndical du comité⁵. Les salariés de ce(s) établissement(s) seront provisoirement représentés auprès du comité central de l'entreprise d'accueil par leurs représentants auprès du comité central de leur ancienne entreprise⁶. L'article L. 2327-11 du Code du travail prévoit en effet que cette représentation des salariés transférés peut être assurée pendant un an au plus ; délai pendant lequel le nombre maximal de représentants au comité central d'entreprise peut être dépassé. Si l'entreprise cessionnaire était composée d'un seul établissement, le comité d'entreprise sera « transformé » en comité d'établissement et l'employeur devra instaurer un comité central d'entreprise au niveau duquel les différents comités d'établissement désigneront leurs représentants.

Si le législateur n'a aucunement envisagé le sort des mandats des membres du CHSCT, appelé à statuer sur cette question, le tribunal de grande instance de Paris a,

¹ Eléments qui, s'ils déterminent un cadre physique décentralisé, sont insuffisants à caractériser à eux seuls l'existence d'un établissement distinct ; CE, 7 juin 1985, n°55.671, publié au recueil Lebon.

² CE, 1^{er} juin 1979, Dr. soc. 1979, p. 369, concl. M.-D. HEGELSTEEN ; CE, 7 juin 1985, Dr. soc. 1985, p. 500 ; CE, 28 nov. 1989, RJS 3/90, n° 223 ; CE, 11 déc. 1991, RJS 4/62, n° 461 ; CE 26 nov. 2001, RJS 3/02, n° 298.

³ En ce sens, P. MORVAN, obs. sous CJUE, 29 juil. 2010, aff. C-151/09, préc. ; E. JEANSEN, obs. sous CJUE, 29 juil. 2010, aff. C-151/09, préc.

⁴ Cass. soc., 28 juin 1995, préc., (à propos du mandat des délégués du personnel) ; Cass. soc., 18 déc. 2000, Bull. préc. (à propos du mandat des délégués syndicaux) ; Cass. soc., 30 nov. 2004, préc. (à propos du mandat des membres du comité d'entreprise) ; Cass. soc., 15 nov. 2011, préc. ; Cass. soc., 3 févr. 1998, préc. ; Cass. soc., 24 mai 2006, JCP S 2006, 1618, note J.-F. CESARO.

⁵ Art. L. 2324-26 C ; trav.

⁶ Si l'entité objet de la restructuration était une « entreprise unitaire » et qu'elle devient un établissement distinct de l'entreprise cessionnaire, les mandats des élus au comité d'entreprise se poursuivent en qualité de membres du comité d'établissement (Cass. soc., 30 nov. 2004, préc.). Ils devront désigner leurs représentants au comité central de l'entreprise cessionnaire qui pourront y siéger pendant un an maximum, art. L. 2327-11, C. trav.

logiquement, raisonné par analogie et décidé d'étendre les règles applicables aux autres mandats représentatifs à ceux des membres du CHSCT¹. Le CHSCT survit et les mandats de ses membres aussi, si l'entité au sein de laquelle est implanté le CHSCT conserve son autonomie et la qualité d'établissement distinct après la restructuration.

En principe, les mandats des représentants du personnel sont censés se poursuivre jusqu'à leur terme, lorsque la restructuration n'affecte pas l'autonomie de l'entité dans laquelle ils s'exercent. Toutefois, les partenaires sociaux peuvent décider de prolonger ou de réduire leur durée pour tenir compte de la date habituelle des élections chez le cessionnaire². Il peut en effet être opportun d'harmoniser les dates des élections des représentants du personnel au niveau de l'entreprise issue de la restructuration, en fixant une date commune à l'organisation des élections dans les différents établissements³. L'accord modifiant le terme des mandats des délégués du personnel ou des membres du comité doit être conclu à l'unanimité des organisations syndicales représentatives dans l'établissement, qui sont les mêmes avant et après la restructuration puisqu'il conserve par définition son autonomie, ou à défaut à l'unanimité des membres du comité concerné et/ou des délégués du personnel⁴. La prolongation ou la réduction des mandats des représentants élus du personnel se répercutera sur la durée des mandats des représentants syndicaux. En effet, l'article L. 2143-11 dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2014 prévoit que « *le mandat de délégué syndical prend fin au plus tard lors du premier tour des élections de l'institution représentative du personnel renouvelant l'institution dont l'élection avait permis de reconnaître la représentativité de l'organisation syndicale l'ayant désigné.* ».

1004. Cessation des mandats des représentants transférés faute d'autonomie de l'entité après la restructuration. La poursuite des mandats étant subordonnée au maintien de l'autonomie de l'entité après la restructuration, « *le transfert partiel d'activités qui ne constituent pas un établissement distinct de l'entreprise doté d'institutions propres, emporte cessation des mandats des représentants du personnel dont le contrat s'est poursuivi avec le*

¹ TGI Paris, 4 juil. 2006, n° 06/05769, SSL 2006, n° 1270, obs. F. V.

² Art. L. 2314-28 et L. 2324-26 C. trav.

³ En effet, si l'employeur est tenu d'organiser les élections des délégués du personnel et du comité d'établissement au sein d'un même établissement distinct à la même date (art. L. 2314-6 C. trav.), il peut en revanche fixer une date différente dans chaque établissement distinct pour organiser ces élections simultanées (Cass. soc., 24 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 298).

⁴ Art. L. 2324-26 et L. 2314-28 C. trav. Il devrait en aller de même pour les membres du CHSCT.

nouvel employeur à la date du transfert »¹. C'est pourquoi, afin de s'assurer que les salariés investis d'un mandat représentatif ne sont victimes d'aucune discrimination en cas de cession partielle d'un établissement ou d'entreprise, le transfert de son contrat de travail est soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail². Si le transfert ne porte pas sur un établissement distinct dans son ensemble, les mandats des représentants dont le transfert a été autorisé cessent automatiquement au jour de la restructuration. Ils bénéficieront alors chez le cessionnaire de la protection provisoire contre le licenciement accordée aux anciens représentants du personnel ou des syndicats³. Dans la mesure où un transfert partiel d'activité laisse subsister les institutions représentatives implantées chez l'ancien employeur, il est indispensable de remplacer les représentants du personnel dont le transfert a été autorisé par l'inspecteur du travail. Ainsi, le délégué du personnel ou le membre du comité d'entreprise transféré sera remplacé par un membre suppléant élu sur une liste présentée par la même organisation syndicale que celle de ce titulaire ; à défaut, le remplacement est assuré par un candidat non élu présenté par la même organisation⁴.

S'agissant des représentants syndicaux, dans la mesure où « *la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral* »⁵, les syndicats représentatifs pourront désigner un nouveau délégués syndical et/ou représentant syndical au comité pour remplacer celui dont le contrat a été transféré et les syndicats non représentatifs pourront désigner un nouveau représentant de la section syndicale en remplacement de celui passé au service du cessionnaire. Pour mémoire, aux termes de l'article L. 2143-3 du Code du

¹ Cass. soc., 17 déc. 2008, JCP S 2009, 1117, note J.-Y. KERBOUC'H. De même, « *ne conserve pas son autonomie l'entité faisant l'objet d'un transfert d'activité partiel, laissant subsister au sein de la société cédante les institutions représentatives du personnel existantes* », dès lors si les salariés affectés à cette entité voient leur contrat de travail se poursuivre avec le nouvel employeur, il en va différemment des mandats des représentants du personnel ; Cass. soc., 13 mai 2009, Bull. civ. V, n° 132 ; JCP E 2009, 1849, note J.-Y. KERBOUC'H.

² Art. L. 2414-1 C. trav.

³ Le cessionnaire devra donc solliciter l'autorisation de l'administration du travail pour rompre leur contrat pendant un an à compter de la date de la cession pour les délégués syndicaux à conditions qu'ils aient exercé leurs fonctions pendant au moins douze mois (art. L. 2411-3 C. trav.) et pendant les six mois suivant le transfert pour le délégués du personnel (art. L. 2411-5 C. trav.), les élus au CHSCT (art. L. 2411-13 C. trav.), les élus au comité d'entreprise ou d'établissement (art. L. 2411-8 C. trav.), ainsi que les représentants syndicaux au comité (ces derniers ne bénéficient de la protection qu'à la stricte condition d'avoir exercé leurs fonctions pendant au moins deux ans (art. L. 2411-8 C. trav.)).

⁴ Art. L. 2314-30 et L. 2324-28 C. trav.

⁵ Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 13-16.750, n° 13-20.069, n° 12-29.354 et n° 13-17.445, à paraître au Bulletin, JCP S 1121, obs. E. JEANSEN et Y. PAGNERRE ; JCP S 2014, 1184, obs S. BEAL et C. TERRENOIRE ; JCP G 2014, 512, obs. C. METZGER ; C. RADÉ, « La suprématie du cycle électoral (à propos de quatre arrêts en date du 19 février 2014) : le mieux, ennemi du bien ? », Lexbase hebdo éd. soc. 2014, n° 561, N° LXB : N1103BUE ; J. ICARD, « Logiques et surprises du cycle électoral – L'incidence du transfert d'entreprise sur les acteurs syndicaux », Dr. soc. 2014, p. 648. La Cour de cassation avait déjà affirmé dans un arrêt du 13 février 2013 que « *la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral* », Cass. soc., 13 fév. 2013, Bull. civ. V, n° 42 ; G. AUZERO, « Représentativité syndicale dans l'entreprise : la consécration du de la règle du cycle électoral », Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 518, N° LXB : N5967BT8 ; Dr. soc. 2013, p. 374, obs. F. PETIT ; D. 2013, p. 2599, note P. LOKIEC et J. PORTA ; JCP S 2013, n° 15, p. 35, note E. JEANSEN ; RDT 2013, p. 418, note I. ODOUL-ASOREY ; CSBP 2013, n° 251, p. 128, note L. PECAUT-RIVOLIER ; sur les effets de cette solution.

travail pour pouvoir être désigné délégué syndical, le salarié doit en principe avoir recueilli au moins 10 % des voix lors des dernières élections organisées dans l'entreprise. Toutefois, la Cour de cassation interprétant ce texte à la lumière de l'article 6§1 de la directive du 12 mars 2001 affirme que *« l'obligation de choisir [le délégué syndical] en priorité parmi les candidats qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles n'a pas pour objet ou pour effet de priver cette organisation syndicale du droit de disposer du nombre de représentants syndicaux prévus par le code du travail ou les accords collectifs dès lors qu'elle a présenté des candidats à ces élections dans le périmètre de désignation »*¹. Ainsi, une organisation syndicale représentative chez le cédant avant le transfert, qui conserve par hypothèse cette qualité jusqu'au terme du cycle électoral², pourra désigner comme délégué syndical un salarié n'ayant pas obtenu 10 % des voix. La loi du 5 mars 2014 a en quelque sorte consacré cette solution puisque désormais l'article L. 2343-3, alinéa 2, dispose que *« si aucun des candidats présentés par l'organisation syndicale aux élections professionnelles ne remplit les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article ou s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au premier alinéa, une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement. »*³.

Le transfert partiel d'un établissement ne peut donc remettre en cause le droit des syndicats représentatifs à désigner un ou plusieurs délégués syndicaux en remplacement de l'ancien passé au service du repreneur.

Afin de préserver autant que faire se peut le droit à la représentation des salariés après la restructuration de leur entreprise et d'éviter qu'elle n'emporte suppression des institutions représentatives élues par les salariés ou désignées par une organisation syndicale, le droit social impose la poursuite des mandats jusqu'à leur terme lorsqu'après l'opération l'entité conserve son autonomie et la qualité d'établissement distinct. À l'inverse, si la restructuration fait perdre à l'entité cette qualité, les institutions qui y étaient implantées sont supprimées et les mandats afférents prennent fin. Toutefois, le droit social instaure un contrôle, allégé par la

¹ Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 13-14.608, à paraître au Bulletin, sur cet arrêt V. J. ICARD, art. préc. ; JCP E 2014, 1203, note S. BEAL et C. TERRENOIRE.

² Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 13-16.750, n° 13-20.069, n° 12-29.354 et n° 13-17.445, préc.

³ Loi n° 2014-288, du 5 mars 2014, préc.

loi du 5 mars 2014, de la perte de la qualité d'établissement distinct et prévoit la possibilité de maintenir conventionnellement la représentation du personnel de l'entité ayant perdu la qualité d'établissement distinct.

§ 2 - L'éventuel maintien conventionnel des mandats en cas de perte de la qualité d'établissement distinct.

1005. *Contrôle de la perte de la qualité d'établissement distinct.* Une restructuration peut entraîner la perte du caractère d'établissement distinct de l'entité concernée, soit qu'elle consiste à fusionner deux établissements de l'entreprise ou que, une fois la cession opérée, l'entité reprise se fonde dans un établissement de l'entreprise cessionnaire. De même, la restructuration peut imposer la réorganisation du découpage de l'entreprise en établissements distincts sièges de l'implantation des institutions représentatives du personnel afin d'adapter au mieux la représentation du personnel à la réalité organisationnelle et sociale de l'entreprise restructurée. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014¹, le constat de la perte de la qualité d'établissement distinct impliquant la suppression des institutions représentatives du personnel implantées à ce niveau devait être réalisé par les partenaires sociaux de l'entreprise et, à défaut, par l'Administration du travail. Comme l'écrivait Jean SAVATIER, l'employeur ne disposait pas de l'« entière maîtrise du sort des institutions représentatives à la suite des décisions unilatérales qu'il prend dans l'organisation de son entreprise »², ce qui contribuait à préserver le droit à la représentation des salariés en cas de restructuration. Désormais, l'affirmation de cet auteur n'est plus tout à fait exacte.

1006. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, l'absence d'accord sur la perte de la qualité d'établissement distinct et partant sur le « nouveau » découpage électoral de l'entreprise après la restructuration imposait à l'employeur de saisir l'Administration du travail pour qu'elle constate la perte de la qualité d'établissement distinct, et ce, quelle que soit la raison de l'absence d'accord sur ce point : non-ouverture de la

¹ Le 7 mars 2014, loi n° 2014-288, du 5 mars 2014, préc.

² J. SAVATIER, « Le sort des institutions représentatives du personnel après une restructuration d'entreprise », Dr. soc. 1989, p. 38 ;

négociation faute d'organisation syndicale ayant répondu à l'invitation à négocier, désaccord entre les parties à la négociation, non-satisfaction de la condition de double majorité imposée par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail, etc. Ainsi, le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration était préservé puisque l'employeur ne pouvait constater seul la perte de la qualité d'établissement distinct emportant suppression des institutions qui y étaient implantées. Il devait obtenir l'accord de la majorité des organisations syndicales ayant participé à la négociation, dont celles ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise¹. À défaut, d'accord il était tenu de saisir l'Administration du travail. Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 5 mars 2014, l'absence de réponse des organisations syndicales équivalait à une impossibilité de parvenir à un accord², imposant la saisine de la DIRECCTE pour qu'elle constate la perte de la qualité d'établissement distinct et procède au nouveau découpage électoral de l'entreprise issue de la restructuration.

Désormais, la loi limite l'intervention de l'Administration du travail à la seule absence d'accord sur la perte de la qualité d'établissement distinct résultant d'un désaccord entre employeur et organisation(s) syndicale(s) ayant participé à la négociation. Les articles L. 2314-11 et L. 2314-31 du Code du travail, dans leur rédaction issue de la loi du 5 mars 2014, habilitent donc l'employeur à constater unilatéralement la perte de la qualité d'un établissement distinct après une restructuration et à procéder unilatéralement au découpage électoral de l'entreprise lorsqu'aucune organisation syndicale n'a répondu à son invitation de négocier sur la perte de la qualité d'établissement distinct et le découpage électoral de l'entreprise restructurée

Si la protection de la représentation du personnel en cas de restructuration est de ce fait amoindrie puisque l'employeur pourrait dans une certaine mesure décider seul de supprimer les institutions représentatives du personnel après l'opération en constatant unilatéralement la perte de la qualité d'établissement distinct et en définissant seul le(s) nouveaux(x) périmètre(s) d'implantation de la représentation, cette éventualité semble tout de même peu probable.

¹ Art. L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1, C. trav. Pour mémoire, les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise après la restructuration sont les même qu'avant dans la mesure où la Cour de cassation décide que la mesure de la représentativité dans l'entreprise est établie pour toute la durée du cycle électoral ; Cass. soc., 19 fév. 2014, préc.

² CAA Marseille, 18 déc. 2008, n° 07MA00728, RDT 2009, p. 175, obs. F. DIEU. Cette décision est relative à la suppression du mandat d'un délégué syndical suite à une baisse durable et importante des effectifs, mais semble transposable à l'hypothèse de la reconnaissance administrative de la perte de qualité d'établissement distinct.

Ainsi, comme sous l'empire du droit antérieur à la loi du 5 mars 2014, le législateur donne priorité à la voie conventionnelle pour déterminer les cadres d'implantation les plus appropriés pour que la représentation du personnel soit efficace avant comme après la restructuration. Lorsqu'il estime que la restructuration a fait perdre la qualité d'établissement distinct à une ou plusieurs entités de l'entreprise ou qu'après l'opération les anciennes unités de représentation ne sont plus appropriées à la nouvelle organisation de l'entreprise l'employeur doit inviter l'ensemble des organisations syndicales intéressées à négocier sur ces questions¹. Ce n'est que si aucune organisation syndicale ne répond à son invitation à négocier qu'il pourra constater unilatéralement la perte de la qualité d'établissement distinct d'une ou plusieurs entités après la restructuration et supprimer les institutions qui y étaient implantées. Il devra alors procéder aux élections des représentants du personnel selon le nouveau découpage de l'entreprise restructurée qu'il aura déterminé unilatéralement. S'il est donc possible désormais que l'employeur ait la « maîtrise du sort de la représentation du personnel » à la suite de sa décision, librement arrêtée, de restructurer l'entreprise, il n'en a pas pour autant « l'entière maîtrise » puisqu'elle dépend de l'attitude des organisations syndicales.

Il suffit qu'une seule organisation syndicale réponde à l'invitation à négocier pour qu'il soit tenu de rechercher un accord sur la perte de la qualité d'établissement distinct et le nouveau découpage de l'entreprise, accord à défaut duquel il sera tenu de saisir la DIRECCTE. Non seulement ce n'est que si aucune organisation syndicale ne participe à la négociation qu'il pourra constater la perte la qualité d'établissement distinct emportant suppression des institutions qui y étaient implantées, mais de surcroît cette décision pourra être contrôlée *a posteriori*. En effet, si faute de réponse syndicale à l'invitation de négocier sur la perte de la qualité d'établissement distinct et sur les nouvelles modalités de division électorale de l'entreprise en établissements distincts, l'employeur règle unilatéralement ces questions, les élections devront être organisées selon le nouveau découpage de l'entreprise que les organisations syndicales pourront contester devant le tribunal d'instance. À ce titre, un doute existe sur l'ampleur des pouvoirs du juge judiciaire. S'il peut constater que tel ou tel

¹ *Id est* les syndicats représentatifs dans l'entreprise, étant précisé que si le protocole d'accord préélectoral ne concerne que les élections au sein d'un établissement dans lequel une organisation n'est pas représentative alors même qu'elle l'est au niveau de l'entreprise, cette organisation doit être invitée à la négociation (Cass. soc., 15 fév. 2006, RDT 2006, p. 189, obs. G. BORENFREUND), mais aussi les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative sur les plans national et interprofessionnel ainsi que les syndicats implantés, c'est-à-dire ceux qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constitués depuis au moins deux ans (cette exigence d'ancienneté a été reconnue conforme à la Constitution, Cass. soc., 20 oct. 2011, Dr. soc. 2011, p. 1310, obs. F. PETIT) et dont le champ d'application professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné.

établissement n'a pas perdu la qualité d'établissement distinct ou que le découpage retenu par l'employeur n'est pas conforme à la réalité organisationnelle de l'entreprise, il ne semble pas pour autant qu'il puisse lui-même procéder au découpage électoral de l'entreprise, cette compétence revenant aux partenaires sociaux ou à la DIRECCTE¹. Tout au plus pourra-t-il, s'il est saisi d'une telle demande, fixer le périmètre du ou des établissements pour la désignation des délégués syndicaux.

À ce titre, si la Cour de cassation sous l'empire du droit antérieur a abandonné l'approche relative de la notion d'établissement distinct en décidant qu'il se déduisait de l'application combinée des articles L. 2121-1-5°, L. 2122-1, L. 2143-3 et L. 2343-12 du Code du travail que, sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux était le même le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement², il n'est pas sûr que cette solution prospère sous l'empire de la loi du 5 mars 2014. Celle-ci précise que la désignation d'un délégué syndical « *peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques* »³. Si cette définition diffère de celle retenue par le Conseil d'État pour l'implantation d'un comité d'établissement⁴, ces définitions ne sont pas pour autant incompatibles. Lorsque la perte de qualité d'établissement distinct sera constatée par la DIRECCTE et qu'elle procèdera au nouveau découpage de l'entreprise, il est possible que la fixation des périmètres d'élection des divers comités d'établissement s'impose pour la désignation des délégués syndicaux. La DIRECCTE est effectivement appelée à intervenir à titre subsidiaire si, alors que les négociations ont été ouvertes entre l'employeur et au moins une organisation syndicale, aucun accord satisfaisant la condition de double majorité prévue

¹ Cass. soc., 18 juin 2003, Bull. civ. V, n° 199 ; à propos de la reconnaissance d'une UES par un tribunal d'instance incompétent en revanche pour procéder à son découpage électoral.

² Cass. soc., 18 mai 2011, JCP S 2011, 1314, note L. DAUXERRE ; SSL 2011, n° 1495, p. 5, rapp. L. PECAUT-RIVOLIER ; V. COTTEREAU, « La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel en questions », JCP S 2012, 1306.

³ Art. L. 2143-3, *in fine*, C. trav. ; modifié par la loi n° 2014-288, du 5 mars 2014, préc. : V. N. ANCIAUX et G. TURPIN, « L'impact de la loi du 5 mars 2014 sur la désignation des délégués syndicaux », JCP S 2014, 1392.

⁴ Il exige en effet, outre une implantation géographique distincte et une stabilité du périmètre, que l'entité présente une autonomie suffisante c'est-à-dire qu'elle soit dirigée par un représentant de l'employeur qui dispose de pouvoirs en matière de gestion économique et de gestion du personnel ; CE, 1^{er} juin 1979, Dr. soc. 1979, p. 369, concl. M.-D. HEGELSTEEN ; CE, 7 juin 1985, Dr. soc. 1985, p. 500 ; CE, 28 nov. 1989, RJS 3/90, n° 223 ; CE, 11 déc. 1991, RJS 4/62, n° 461 ; CE 26 nov. 2001, RJS 3/02, n° 298.

par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail constatant la perte de la qualité d'établissement distinct et procédant au redécoupage électoral de l'entreprise n'a été conclu.

1007. Prééminence de la voie conventionnelle, intervention administrative subsidiaire. Si la loi du 5 mars 2014 autorise l'employeur à constater seul la perte de la qualité d'établissement distinct après la restructuration et à définir unilatéralement le nouveau découpage électoral de l'entreprise ce n'est qu'à la stricte condition d'avoir au préalable invité les syndicats à négocier sur ces questions, invitation qui doit être restée sans réponse. S'il ne contacte pas les syndicats intéressés pour ouvrir cette négociation, les institutions instaurées avant la restructuration survivront et avec elles les mandats des représentants y afférents, et y compris en cas de fermeture d'établissement. En effet, seule la perte de la qualité d'établissement distinct reconnue par accord, décision administrative ou judiciaire ou, depuis le 7 mars 2014, par décision unilatérale de l'employeur dans certaines circonstances, emporte suppression des institutions représentatives du personnel et cessation immédiate des mandats des représentants du personnel, à l'exclusion de la fermeture d'établissement. Le Conseil d'État décide « *qu'en l'absence d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales ou, à défaut d'accord, d'une décision administrative ayant pour effet de supprimer un comité d'établissement, la fermeture d'un établissement ne saurait par elle-même mettre fin aux mandats des membres du comité d'établissement* »¹, solution reprise par la Cour de cassation qui semble transposable aux délégués du personnel ainsi qu'aux délégués syndicaux². Si cette solution a pu être, à juste titre, qualifiée de surréaliste en ce qu'elle conduit à maintenir en fonction un comité d'établissement ainsi que les mandats de ses membres dans un établissement fermé³, elle n'en est pas moins juridiquement fondée puisqu'elle repose sur une interprétation littérale des textes⁴.

Ainsi, les constats de la perte de la qualité d'établissement distinct et la détermination du nouveau découpage électoral de l'entreprise unilatéraux ne peuvent intervenir qu'à titre subsidiaire, comme l'Administration du travail. En effet, l'employeur ne pourra décider seul

¹ CE, 18 janv. 1991, n° 95699, mentionné dans les tables du Rec. Lebon, RJS 3/91, n° 343.

² Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-26.155 à paraître au Bulletin, JCP S 2014, 1142, comm. R. CHISS et L. LEMETTRE.

³ P. MORVAN, *op. préc.*, p. 315.

⁴ Ainsi, si les articles L. 2324-24 et L. 2324-27 du Code du travail envisagent les causes de cessation anticipée des mandats des membres élus au comité d'entreprise ou d'établissement, la fermeture de l'établissement n'y figure pas, pas plus qu'elle n'est envisagée par l'article L. 2322-5 du Code du travail qui prévoit uniquement la suppression de cette institution en cas de perte de la qualité d'établissement distinct reconnue par accord collectif ou décision administrative. Appliquant strictement ces textes le Conseil d'État en déduit donc que la fermeture d'établissement n'emporte pas en elle-même suppression du comité d'établissement, pas plus qu'elle ne met fin aux mandats de ses membres.

du nouveau découpage de l'entreprise qu'en l'absence de réponse de syndicats à l'invitation à négocier, tout comme la DIRECCTE ne devra être saisie pour constater la perte de la qualité d'établissement et fixer le nouveau découpage de l'entreprise qu'à la stricte condition que la négociation engagée entre employeur et syndicat ait échoué¹.

Dans la mesure où la constatation unilatérale de la perte de la qualité d'établissement et la modification du découpage électoral de l'entreprise pour l'adapter à la nouvelle réalité organisationnelle et sociale de l'entreprise restructurée est subordonnée à l'absence de réponse des syndicats à l'invitation à négocier, les décisions unilatérales sur ces questions devraient être relativement rares puisqu'il suffit aux syndicats de répondre à l'invitation à négocier pour y faire obstacle, sans qu'ils ne soient obligés d'accepter la nouvelle division électorale de l'entreprise proposée par l'employeur. L'un des intérêts pour les syndicats de répondre à cette invitation et de conclure un accord sur ces questions réside dans le fait que même s'ils sont peu enclins à constater la perte de la qualité d'établissement distinct, l'accord pourra prévoir qu'en dépit de la perte de la qualité d'établissement distinct les institutions représentatives survivent impliquant la poursuite des mandats des délégués du personnel et des membres du comité d'établissement jusqu'à leur terme. Cet accord permettra ainsi d'assurer la survie de la représentation du personnel jusqu'aux prochaines élections organisées selon le nouveau découpage de l'entreprise. Toutefois, pour qu'en dépit de la perte de la qualité d'établissement distinct, les institutions représentatives soient maintenues, il est indispensable que l'accord prévoie expressément non seulement la poursuite des mandats jusqu'à leur terme mais aussi la survie provisoire de l'institution. Si l'accord se contente de mentionner la seule poursuite des mandats jusqu'à leur terme, les institutions représentatives du personnel disparaîtront².

De même, si employeur et syndicats ne parviennent pas à un accord et que la DIRECCTE est saisie, par l'une ou l'autre des parties, pour constater la perte de la qualité d'établissement distinct et procéder au redécoupage électoral de l'entreprise, le droit des salariés à la représentation collective est également préservé puisque depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, le Code du travail prévoit que la saisine de l'autorité administrative « entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la

¹ CE, 12 févr. 2003, n° 252277, Rec. Lebon, 2003 ; déjà en ce sens, CE, 18 janv. 1991, n° 95699, Tables Rec. Lebon 1991 ; V. aussi, CE, 24 juin 1994, n° 143927, inédit ; CE, 12 juin 1997, n° 149893, préc.

² Cass. soc., 23 mai 2007, JCP S 2007, 1836, note J.-Y. KERBOUC'H.

proclamation des résultats du scrutin »¹. Si le Code du travail n'envisage pas le sort des délégués syndicaux en cas de perte de la qualité d'établissement distinct, la Cour de cassation raisonnant par analogie avec le sort des délégués du personnel et du comité d'établissement décide que la perte de la qualité d'établissement distinct emporte cessation des fonctions de délégué syndical². Sous l'empire du droit antérieur, afin de conférer une réelle efficacité aux dispositions de l'accord dont l'objet est d'assurer la continuité des institutions représentatives et la permanence du mandat de leurs membres en dépit de la perte de la qualité d'établissement distinct constatée par la DIRECCTE, la Chambre sociale de la Cour de cassation décidait que cet accord (intervenu par définition après la décision administrative) produisait nécessairement un effet remontant au jour de cette décision³. Ainsi, la volonté des partenaires sociaux primait la décision administrative antérieure. Si alors même que la DIRECCTE a procédé à un nouveau découpage de l'entreprise après avoir constaté la perte de la qualité d'établissement distinct, les partenaires sociaux préfèrent définir des périmètres d'implantation de la représentation du personnel différents de ceux administrativement définis, la solution conventionnelle prévaut rétroactivement sur la décision de la DIRECCTE. Il semble que cette solution devrait être maintenue sous l'empire de la loi du 5 mars 2014 dans la mesure où aujourd'hui comme hier, le législateur affirme la prévalence des solutions conventionnelles sur les décisions unilatérales ou administratives en matière de découpage électoral de l'entreprise.

1008. En tout état de cause, la perte de la qualité d'établissement distinct et le nouveau découpage électoral de l'entreprise qu'elle induit constatés par accord, par décision unilatérale de l'employeur, de la DIRECCTE ou du tribunal d'instance, emporte suppression des institutions représentatives, sous réserve de dispositions conventionnelles contraires, et partant cessation des mandats des représentants du personnel qui bénéficieront dès lors pendant six ou douze mois, selon le mandat dont ils étaient titulaires, de la protection contre le licenciement accordée aux anciens représentants. La perte de la qualité d'établissement distinct constatée par l'une des voies précitées imposera à l'employeur d'organiser des

¹ Art. L. 2314-31 C. trav. (délégués du personnel) et L. 2322-5 C. trav. (pour un comité d'établissement) ;

² Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-42.520, inédit.

³ Cass. soc., 13 janv. 2009, JCP E 2009, 1211, note F. DUQUESNE ; JCP S 2009, 1216, note J.-Y. KERBOUC'H, préc. Il convient d'indiquer que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pour sa part refusé de faire produire un effet rétroactif à un tel accord, toutefois il convient de ne pas tirer de conclusion hâtive sur une éventuelle discordance sur cette question entre Chambre criminelle et Chambre sociale dans la mesure où la Chambre criminelle s'est prononcée sur l'absence d'effet rétroactif d'un accord qui faute d'écrit était nul et partant insusceptible de produire un quelconque effet rétroactif ou non. Cass. crim., 6 janv. 2009, préc.

élections professionnelles pour mettre la représentation collective de son personnel en conformité avec le nouveau découpage de l'entreprise¹.

Si la restructuration d'une entreprise affectant la qualité d'établissement distinct d'une ou plusieurs entités est susceptible d'emporter suppression des institutions représentatives du personnel qui y étaient implantées, le droit à la représentation collective des salariés n'en est pas moins relativement préservé dans cette hypothèse. D'une part, sauf circonstances « exceptionnelles » l'employeur ne peut constater seul la perte de cette qualité et procéder unilatéralement à un nouveau découpage de l'entreprise. D'autre part et surtout, si la perte de cette qualité est conventionnellement ou administrativement reconnue les institutions en place avant la restructuration survivent jusqu'à la proclamation des résultats des élections organisées conformément au découpage électoral de l'entreprise restructurée.

En mettant en cause l'architecture organisationnelle interne à l'entreprise, une restructuration peut donc avoir des répercussions sur la représentation du personnel. Il en va de même lorsqu'elle affecte non pas l'organisation interne à l'entreprise mais son intégration dans un ensemble plus vaste.

§ 3 – Le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration affectant l'intégration de l'entité dans un groupement plus vaste.

1009. Si le droit social organise la représentation du personnel au niveau de l'entreprise ou de l'établissement distinct, cadre naturel d'implantation des institutions représentatives du personnel, une représentation des salariés est instituée à un niveau « supérieur » à celui de l'entreprise lorsque celle-ci est intégrée dans un ensemble plus vaste. En effet, afin d'assurer la représentation des salariés aux différents niveaux auxquels sont arrêtées des décisions ayant des répercussions sur leur situation, le droit social impose la mise en place d'instances représentatives appropriées à l'UES, éventuellement constituée à la suite d'une restructuration, tout comme il prévoit l'instauration d'une représentation du personnel au niveau du groupe, de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire ou de la

¹ Cass. soc., 23 nov. 2005, Bull. civ. V, n° 338 ; JCP S 2006, 1214, note S. DARMAISIN ; Dr. soc. 2006, p. 237, obs. J. SAVATIER.

société européenne dont la naissance résulte impérativement d'une restructuration. Des institutions représentatives spécifiques à ces ensembles se superposent ainsi aux instances présentes dans les entreprises, ou sociétés, qui les composent.

Une restructuration peut induire la constitution d'une structure plus vaste que l'entreprise dans laquelle travaillent les salariés qui englobe cette dernière. Il en va ainsi, notamment, lorsqu'une UES est reconnue. L'UES intégrant la société employeur des salariés, la restructuration ayant donné lieu à la reconnaissance de l'UES a ainsi des incidences sur les institutions représentatives du personnel, tout comme l'intégration d'une société dans une UES préexistante ou à l'inverse la sortie de l'entreprise d'une telle unité (A). Par ailleurs, un groupe de sociétés peut être créé à la suite d'une restructuration notamment lorsqu'une société acquiert une partie non négligeable du capital d'une autre. L'existence d'un groupe de sociétés implique la mise en place d'une institution représentative du personnel auprès de la direction du groupe : le comité de groupe. La constitution d'un groupe, l'entrée d'une entreprise ou sa sortie d'un groupe n'affecte *a priori* pas les institutions représentatives du personnel présentes dans l'entreprise mais a des répercussions sur l'existence ou la composition du comité de groupe (B). Il en va de même lorsqu'une restructuration donne naissance à une entreprise ou un groupe de dimension communautaire, la mise en place d'une institution représentative des salariés au niveau de la direction de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire est requise. La création d'un comité d'entreprise européen n'affecte *a priori* pas les institutions présentes dans l'entité intégrant l'entreprise ou le groupe de dimension communautaire, pas plus que la sortie de l'entité de cette structure plus vaste (C). Enfin, la création d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne résultant nécessairement de la réalisation d'une restructuration impose la mise en place d'un dispositif d'implication des travailleurs et partant de la représentation de ces derniers au niveau de la direction de la société européenne (D).

A - Le sort de la représentation du personnel en cas de constitution d'une UES, d'intégration ou de sortie d'une UES.

1010. Reconnaissance d'une UES. Une restructuration peut induire la constitution d'une UES qui peut être reconnue soit conventionnellement¹, soit judiciairement par le tribunal d'instance. Lorsqu'après une restructuration, une UES est reconnue entre plusieurs sociétés, doivent être mises en place des institutions représentatives appropriées à l'UES². Ainsi, la reconnaissance d'une UES après une restructuration n'emporte pas immédiatement suppression des institutions représentatives du personnel des différentes sociétés composant l'UES. Celles-ci survivent jusqu'aux élections des institutions représentatives appropriées à l'UES, date à laquelle les mandats des représentants du personnel antérieurs à la reconnaissance de l'UES prennent fin. À ce titre, la reconnaissance d'une UES composée d'une ou plusieurs sociétés dotées de plusieurs établissements et d'un comité central d'entreprise imposera l'instauration du comité central d'entreprise au niveau de l'UES en application de l'article L. 2322-4 du code du travail, qui dispose que « *Lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire.* ». Toutefois, et en dépit du bon sens, les comités centraux des différentes sociétés devraient rester en place après la restructuration qui n'affecte pas l'autonomie des sociétés conformément à la solution retenue par la Cour de cassation, qui espérons-le, procèdera à un revirement de jurisprudence. Pour

¹ Une UES peut être reconnue par voie d'accord collectif, déterminant notamment les différentes sociétés membres de l'UES ainsi que les établissements distincts qui la composent (art. L. 2314-31 et L. 2322-5). Assimilant l'accord de reconnaissance d'une UES non pas à un accord collectif de droit commun mais à un accord préélectoral, la Cour de cassation (avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, préc.) exigeait l'unanimité des organisations syndicales pour que soit reconnue une UES (Cass. soc., 23 juin 1988, Bull. civ. V, n° 392 ; D. 1988, IR 230) La loi du 20 août 2008 ayant subordonné la validité du protocole d'accord préélectoral à une double condition de majorité (art. L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1), s'est posée la question de savoir si un accord ayant recueilli cette double majorité pouvait valablement reconnaître l'existence d'une UES et en fixer le périmètre, ou si la règle de l'unanimité s'imposait toujours. La Cour de cassation a récemment décidé que la reconnaissance d'une UES, ou la modification de son périmètre, ne relèvent pas du protocole d'accord électoral mais d'un accord collectif conclu selon les conditions de droit commun (Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-12.712, à paraître au Bulletin ; JCP S 2013, act. 473, obs. N. DAUXERRE ; S. TOURNAUX, « L'émancipation de l'unité économique et sociale », Lexbase hebdo, éd. soc., n° 549, du 28 nov. 2013) Toutefois, la reconnaissance d'une UES ou la modification de son périmètre dans le cadre d'un protocole d'accord préélectoral est valable dans la mesure où ce dernier étant signé à la double majorité des organisations syndicales imposée par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail, il satisfait *a fortiori* les conditions de validité d'un accord collectif de droit commun, subordonnée en application de l'article L. 2232-12 dudit code à sa conclusion par les organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections (Cass. soc., 14 nov. 2013, préc.).

² Cass. soc., 26 mai 2004, RJS 2004, n° 936

autant, cette survie ne sera que temporaire puisqu'il faudra mettre en place les institutions appropriées à l'UES, ce qui implique la suppression des différents comités centraux des sociétés lorsque le comité central d'entreprise instauré au niveau de l'UES aura été instauré.

Par ailleurs, la reconnaissance d'une UES imposant la mise en place des institutions appropriées elle exige fréquemment qu'il soit procédé au découpage électoral de l'UES pour que soit déterminé le périmètre des différents établissements distincts dans lesquels seront organisées les élections professionnelles. À cet égard, si le tribunal d'instance a compétence pour reconnaître l'existence d'une UES entre plusieurs sociétés, il ne peut en revanche procéder au « découpage de l'UES » pour la tenue des élections professionnelles, la reconnaissance de la qualité d'établissement distinct pour l'implantation d'un comité d'établissement ou des délégués du personnel. En effet, le découpage électoral de l'entreprise revient aux partenaires sociaux de l'UES, à l'employeur si aucune organisation syndicale n'a répondu à l'invitation à négocier le protocole d'accord préélectoral (ce qui semble plus qu'hypothétique¹), ou à défaut d'accord, alors que la négociation a été ouverte avec au moins un syndicat, à la DIRECCTE².

Si l'accord collectif reconnaissant l'UES doit être conclu en respectant les conditions de majorité de droit commun résultant de l'article L. 2232-12 du Code du travail, la détermination du périmètre des différents établissements distincts la composant doit pour sa part faire l'objet d'un accord satisfaisant la double condition de majorité fixée par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 dudit code. À défaut d'accord et à la condition qu'un syndicat au moins ait tenté de négocier le protocole d'accord préélectoral, la DIRECCTE devra être saisie pour procéder à ce découpage. Afin d'assurer la représentation du personnel, les institutions représentatives survivront jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin organisé pour élire les représentants du personnel de l'UES³. Ainsi, une restructuration emportant création d'une UES, reconnue conventionnellement ou judiciairement, n'entraîne pas la suppression automatique des institutions représentatives implantées dans chaque société membre de l'UES, elles survivront jusqu'à expiration des mandats si les différentes entités conservent leur autonomie et constituent des établissements distincts de l'UES ou jusqu'à l'organisation des élections destinées à mettre en place la représentation du personnel appropriée à l'entité.

¹ En effet, le plus souvent c'est une organisation syndicale qui aura demandé la reconnaissance judiciaire de l'UES il serait pour le moins paradoxal qu'une fois celle-ci reconnue, l'organisation ne réponde pas à l'invitation de l'employeur de négocier sur le découpage électoral de l'unité.

² Cass. soc., 18 juin 2003, Bull. civ. V, n° 199. ; art. L. 2314-31 (délégués du personnel) et L. 2322-5 (comité d'entreprise/établissement), C. trav.

³ Art. L. 2314-31 (délégués du personnel) et L. 2322-5 (comité d'entreprise/établissement), C. trav

1011. Modification du périmètre de l'UES¹. Lorsqu'une société entre dans une UES préexistante ou au contraire sort d'une telle unité après restructuration les institutions représentatives du personnel peuvent être affectées.

1012. Sort de la représentation du personnel d'une société intégrant une UES préexistante. Lorsqu'une restructuration entraîne l'intégration d'une société dans une UES préexistante, ce qui implique que la modification du périmètre de l'UES ait été reconnue par accord collectif ou décision judiciaire, le sort des institutions représentatives et des mandats en cours est fonction des répercussions de cette intégration sur l'autonomie de l'entité. Si celle-ci conserve son autonomie après son intégration dans l'UES dont elle devient un établissement distinct reconnu comme tel dans le cadre de l'accord modifiant le périmètre de l'UES ou, en l'absence d'accord avec les syndicats ayant répondu à l'invitation à négocier, par une décision administrative, les institutions implantées dans la société survivent et les mandats en cours se poursuivent selon les modalités précitées. Si l'entreprise était dotée d'un comité d'entreprise, les mandats de ses membres se poursuivent jusqu'à leur terme, le comité « se transforme » en comité d'établissement imposant à ses membres de désigner leurs représentants au comité central de l'UES. Les solutions exposées plus haut sur la conservation de l'autonomie par-delà la restructuration ont donc vocation à s'appliquer en cas d'intégration dans une UES d'une entité qui conserve son autonomie dans l'unité.

Si, à l'inverse, l'intégration de l'entreprise dans l'UES fait perdre à la société son autonomie et partant que celle-ci ne constitue pas un établissement distinct de l'UES ce qui devrait être particulièrement rare puisque cela implique que la société perde la personnalité morale en intégrant l'UES, l'accord collectif modifiant le périmètre de l'UES doit définir le nouveau découpage électoral de l'unité et partant le cadre d'implantation des institutions. Faute d'accord alors que les négociations ont été ouvertes, la DIRECCTE déterminera les « nouveaux établissements distincts » de l'UES². En tout état de cause, les solutions sus exposées en cas de perte de la qualité d'établissement distinct ont vocation à s'appliquer à la perte de ce caractère résultant de l'intégration de l'entreprise dans l'UES. Les mandats sont donc appelés à prendre fin au jour de la reconnaissance de la perte de la qualité

¹ V. J.-B. COTTIN, « La restructuration de l'UES », JCP S 2006, n° 40.

² Art. L. 2314-31 (délégués du personnel) et L. 2322-5 (comité d'entreprise/établissement), C. trav

d'établissement distinct, sauf à ce que les partenaires sociaux décident de leur poursuite jusqu'à leur terme.

1013. *Effets de la sortie de l'UES.* Lorsqu'une société sort du périmètre de l'UES du fait d'une restructuration, par exemple parce qu'elle est rachetée par une autre dépourvue de tout lien économique ou social avec les membres de l'UES, les mandats des représentants du personnel peuvent être affectés par cette opération. En premier lieu, les mandats des représentants élus ou désignés au niveau de l'UES prennent fin puisque l'entité n'en est plus membre. Il en va ainsi des mandats des représentants au comité central de l'UES ou des mandats des délégués syndicaux centraux par exemple. Pour ce qui concerne les mandats des représentants élus ou désignés dans l'entreprise qui sort de l'UES, là encore les solutions précédemment exposées ont vocation à s'appliquer. Ainsi, le sort des institutions et des mandats est fonction de la conservation par l'entreprise de son autonomie, et de la qualité d'établissement distinct, après la restructuration ayant entraîné sa sortie de l'UES.

Outre la constitution d'une UES, une restructuration peut donner naissance à un groupe imposant la mise en place d'un comité de groupe dont la composition est susceptible d'être modifiée lorsqu'une entreprise entre, ou au contraire, sort dudit groupe de sociétés.

B - Le sort des institutions représentatives du personnel en cas de constitution d'un groupe, d'intégration ou de sortie d'un groupe.

1014. Reconnaissance d'un groupe. À la différence de l'UES, le groupe est le cadre d'implantation d'une seule et unique institution représentative légale : le comité de groupe. Lorsqu'une restructuration entraîne la création d'un groupe ou qu'elle se traduit par l'entrée ou la sortie d'une entreprise dans un groupe, les institutions représentatives implantées dans l'entreprise ne sont en principe pas affectées par cette opération, sauf si la société perd son autonomie, hypothèse pour le moins rare impliquant la perte de la personnalité morale. Notion fonctionnelle aux définitions multiples selon que l'on s'intéresse au groupe à travers le prisme du droit du travail, du droit des sociétés ou du droit européen des concentrations¹, le groupe est toutefois l'objet à l'article L. 2331-1 du Code du travail d'une définition spécifique à l'obligation de mettre en place un comité de groupe. Ainsi, lorsqu'une restructuration donne naissance à un groupe formé par une entreprise dont le siège est en France appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle, dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce, ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante au sens de l'article L. 2331-1, II, du Code du travail dont elle détient au moins 10 % du capital², un comité de groupe doit être constitué³. Le plus souvent les relations entre l'entreprise dominante et celles qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante préexistent à la reconnaissance du groupe au niveau duquel doit être institué le comité. Il appartient au chef de l'entreprise dominante de

¹ En ce sens Y. CHALARON, « Groupe de sociétés », J.-Cl. Travail, fasc. 16-20, Q. URBAN, « Le juge et le parcours professionnel du salarié dans le groupe », LPA 2005, n°79, p. 23. C. HILLIG-POUDEVIGNE et G. LOUVEL, « La notion de groupe à l'épreuve du droit social », JCP E 2005, n°38, 1393.

² L'article L. 2331-1, II, du Code du travail précise qu'« est également considérée comme entreprise dominante, pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

L'existence d'une influence dominante est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :

- peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ;
- ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ;
- ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise.

Lorsque plusieurs entreprises satisfont, à l'égard d'une même entreprise dominée, à un ou plusieurs des critères susmentionnés, celle qui peut nommer plus de la moitié des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise dominée est considérée comme l'entreprise dominante, sans préjudice de la preuve qu'une autre entreprise puisse exercer une influence dominante. ».

³ Art. L. 2331-1 C. trav.

constituer le comité de groupe dès que la configuration du groupe a été définie dans le cadre d'un accord conclu entre les différents chefs des entreprises du groupe (ou du seul chef de l'entreprise dominante pour autant qu'il en ait reçu mandat) et des organisations syndicales représentatives au niveau du groupe ou, à défaut d'accord par décision de justice¹. en effet, le comité de l'entreprise dominante ou les organisations syndicales représentatives dans l'une des sociétés du groupe (société-mère ou filiales) peuvent en effet saisir le tribunal de grande instance du siège de l'entreprise dominante de tout litige relatif à la constitution ou à la composition du comité de groupe². Lorsqu'une restructuration donne naissance à un groupe ou met en évidence son existence, un comité de groupe doit donc être institué afin d'assurer le droit des salariés du groupe à être représentés auprès de sa direction. En revanche, la constitution du groupe n'affectera pas les institutions représentatives établies dans les entreprises membres du groupe.

1015. *Entrée dans un groupe.* Lorsqu'après une restructuration telle qu'une prise de participation au capital, une OPA, etc., une entreprise est contrôlée par la société dominante d'un groupe ou que celle-là exerce une influence dominante sur celle-ci, le comité de l'entreprise contrôlée peut demander son inclusion de l'entreprise dans le groupe. Le chef de l'entreprise dominante doit alors faire droit à cette demande dans les trois mois³. Toutefois, la composition du comité de groupe ne sera pas immédiatement affectée par l'intégration de cette entreprise dans le groupe puisque ce n'est que lors du renouvellement du comité de groupe qu'est prévue la prise en compte de l'entreprise intégrée dans la composition de cette institution⁴. Ainsi, les salariés de l'entreprise intégrée dans le groupe après la constitution du comité de groupe, ne bénéficieront de représentants au comité de groupe qu'au jour de son renouvellement, sous réserve que l'accord constituant le comité du groupe prévoie que toute entrée dans le groupe donne lieu à la conclusion d'un avenant destiné à modifier la composition du comité pour prendre en compte l'entreprise fraîchement intégrée. L'entrée dans un groupe n'affecte en principe aucunement les institutions représentatives du personnel implantées dans l'entreprise avant la restructuration l'ayant placée sous le contrôle ou l'influence de l'entreprise dominante, sauf à ce que cette intégration remette en cause

¹ Art. L. 2333-5 C. trav.

² Art. L. 2331-3 et R. 2331-2 C. trav.

³ Art. L. 2331-2 C. trav.

⁴ Art. L. 2331-2, *in fine*, C. trav.

l'autonomie de l'entreprise, hypothèse peu courante puisqu'elle présuppose la perte de la personnalité morale de la société.

1016. *Sortie du groupe.* L'article L. 2331-2, alinéa 2, du Code du travail prévoit que lorsque les relations ayant justifié l'instauration d'un comité de groupe prennent fin entre l'entreprise dominante et l'une des entreprises du groupe, à la suite de sa cession par exemple, elle cesse d'être prise en compte pour la composition du comité de groupe. La sortie d'une entreprise du groupe implique donc la cessation des mandats des représentants de ses salariés auprès du comité de groupe dont elle n'est désormais plus membre. En revanche, cette sortie n'affecte pas les institutions représentatives du personnel implantées au niveau de l'entreprise à moins que celle-ci ne perde son autonomie, hypothèse là encore peu probable.

Lorsqu'une restructuration induit la constitution d'un groupe, l'entrée ou la sortie d'une entreprise d'un groupe préexistant, les institutions représentatives du personnel implantées dans l'entreprise ne sont donc pas affectées par l'opération. Seule l'instauration d'un comité de groupe permettant d'assurer la représentation collective des salariés auprès de la direction du groupe est imposée. Ce comité se superpose alors aux institutions présentes dans les entreprises membres du groupe. Il en va peu ou prou de même lorsqu'une restructuration donne naissance à une entreprise ou à un groupe de dimension communautaire.

C - Le sort des institutions représentatives du personnel en cas de constitution d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire, d'intégration ou de sortie d'un tel ensemble.

1017. Naissance d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire.

Une restructuration peut donner naissance à une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire que les articles L. 2341-1 et L. 2341-2 du Code du travail définissent comme l'entreprise ou le groupe qui emploie au moins mille salariés dans les États membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen et qui comporte au moins un établissement ou une entreprise employant cent cinquante salariés minimum dans au moins deux de ces États. Ainsi, la cession d'un établissement situé en France employant cent cinquante salariés à une entreprise ayant un établissement de taille au moins équivalente situé dans autre État membre, ou encore la délocalisation de tout ou partie d'un établissement dans un autre État, alors même que les conditions d'effectif et d'implantation sont remplies, donnera lieu à la création d'une entreprise de dimension communautaire.

1018. Obligation de mettre en place un comité d'entreprise européen ou un organe de représentation des salariés. La constitution d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire n'a, *a priori*, aucune répercussion sur l'existence des institutions représentatives du personnel implantées dans l'entreprise ou dans l'établissement intégré dans la structure de dimension communautaire résultant de la restructuration¹. La constitution d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire a pour conséquence principale l'obligation d'organiser la représentation des travailleurs au niveau communautaire lorsque les effectifs susmentionnés sont atteints en moyenne pendant deux ans². Dans ces circonstances, doit être instauré un comité d'entreprise européen ou une institution représentative des salariés au niveau de la direction de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire, afin que puisse être garanti « le droit des salariés à l'information et à la consultation à l'échelon européen »³. L'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'un organe permettant la tenue de la procédure d'information/consultation des travailleurs au

¹ Sauf à ce que l'opération emporte perte de l'autonomie de l'entreprise ou de la qualité d'établissement distinct, ce qui semble relativement peu probable.

² Art. L. 2342-3 C. trav.

³ Art. L. 2341-4 C. trav.

niveau européen doit être négociée entre le chef de l'entreprise de dimension communautaire, ou de l'entreprise dominante du groupe de dimension communautaire et le groupe spécial de négociation créé pour l'occasion et composé de représentants de l'ensemble des salariés conformément aux dispositions de l'article L. 2344-1 du Code du travail. Si l'employeur ne prend pas l'initiative de constituer le groupe spécial de négociation, la procédure de constitution de celui-ci doit être engagée à la demande écrite de cent salariés ou de leurs représentants, relevant au minimum de deux entreprises ou établissements situés dans au moins deux États différents¹. La négociation entre l'employeur et le groupe spécial de négociation peut donner lieu soit à la constitution d'un comité d'entreprise européen dont la composition et les modalités de fonctionnement sont définies par l'accord, soit à la constitution d'une instance représentative des salariés au niveau communautaire afin de mettre en œuvre une procédure d'information/consultation dont, là encore, les modalités de fonctionnement sont définies par l'accord, soit à la mise en place d'un comité d'entreprise européen légal soumis aux dispositions des articles L. 2343-1 et suivants du Code du travail.

Ce n'est que lorsque que le groupe spécial de négociation décide, à la majorité des deux tiers de ses membres, de ne pas ouvrir ou de clore les négociations relatives à l'instauration d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information/consultation qu'aucune institution représentative des salariés au niveau communautaire ne sera instaurée². Une restructuration emportant création d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire a donc pour répercussion essentielle la mise en place, à terme, d'une institution représentative du personnel au niveau de la direction européenne du groupe ou de l'entreprise de dimension communautaire.

Si cela n'affecte pas, en principe, les institutions représentatives du personnel implantées dans l'entreprise ou l'établissement, la naissance d'un groupe de dimension communautaire à la suite d'une restructuration peut en revanche entraîner la suppression d'un comité de groupe préexistant. En effet, l'article L. 2345-2 du Code du travail dispose que lorsqu'un groupe d'entreprises a mis en place un comité d'entreprise européen, l'accord déterminant le périmètre du groupe de dimension communautaire et instituant le(s) comité(s) d'entreprise européen(s) ou un accord passé au sein du groupe peut décider de la suppression du comité de groupe. Toutefois la suppression du comité de groupe est subordonnée à un vote favorable de ce dernier en ce sens. Ce n'est donc qu'à la stricte condition que le comité de

¹ Art. L. 2342-4 C. trav.

² Dans une telle hypothèse, une nouvelle demande de constitution d'un groupe spécial de négociation ne peut être introduite que deux ans au plus tôt après la décision du groupe de ne pas ouvrir ou de clore les négociations, à moins que les parties aient prévu un délai plus court (art. L. 2242-8 C. trav.).

groupe accepte de « se saborder » que l'institution d'un comité d'entreprise européen entraînera la disparition du comité de groupe. Dans la mesure où ces deux institutions représentatives du personnel ont des attributions distinctes, les syndicats s'opposent le plus souvent à la suppression du comité de groupe qui survit donc à l'institution d'un comité d'entreprise européen¹.

1019. Modification du périmètre de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire. Si la directive n° 94/45/CE du 22 septembre 1994 relative au comité d'entreprise européen² ne réglait aucunement le sort de ce comité en cas de restructuration de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire, la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 est venue combler cette lacune³. À ce titre, l'ordonnance du 20 octobre 2011⁴, qui transpose cette directive en droit français, a introduit dans le Code du travail l'article L. 2341-10 qui dispose que « *si des modifications significatives interviennent dans la structure de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire, soit en l'absence de dispositions prévues par le ou les accords en vigueur, soit en cas de conflits entre les dispositions de deux ou plusieurs accords applicables, le chef de l'entreprise ou de l'entreprise dominante du groupe d'entreprises de dimension communautaire engage les négociations mentionnées à l'article L. 2342-1 de sa propre initiative ou à la demande écrite d'au moins cent salariés ou de leurs représentants, relevant d'au moins deux entreprises ou établissements situés dans au moins deux États différents mentionnés à l'article L. 2341-1.* ». Ainsi, lorsqu'une restructuration affecte la structure de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire, le sort du comité d'entreprise européen est réglé par voie conventionnelle. Outre l'accord éventuellement issu de la négociation prévue à l'article L. 2341-10 du Code du travail, les répercussions de ces modifications sur l'existence et la

¹ En ce sens, M. COHEN et L. MILLET, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2013., p. 222

² Dir. n° 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JO L 254 du 30 sept. 1994, p. 64-72.

³ Dir. n° 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JO L 122 du 16 mai 2009, p. 28-44.

⁴ Ordon. n° 2011-1328 du 20 oct. 2011 portant transposition de la directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JORF du 21 oct. 2011, p. 17832.

composition du comité peuvent également être envisagées par l'accord ayant instauré le comité d'entreprise européen ou par le règlement intérieur adopté par le comité¹.

En tout état de cause, la réalisation d'une restructuration de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire n'emporte pas disparition automatique du comité d'entreprise européen, à l'instar des restructurations entraînant une réduction des effectifs en deçà des seuils imposant sa mise en place. Ainsi, l'article L. 2341-10, *in fine*, du Code du travail prévoit que pendant la négociation visant à prendre en considération les incidences de la restructuration de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire sur le comité d'entreprise européen, celui-ci reste en fonctions pendant toute la durée de la négociation, éventuellement selon des modalités adaptées par voie conventionnelle.

Le droit social s'attache donc à éviter qu'une restructuration de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire ne se traduise par la suppression automatique de l'institution représentative du personnel au niveau européen et préserve ainsi le droit à la représentation collective auprès de la direction du groupe ou de l'entreprise de dimension communautaire en dépit d'une restructuration. De même, lorsqu'une restructuration donne naissance à une société européenne ou à une société coopérative européenne, le droit social impose la mise en place de dispositifs tendant à assurer l'implication des travailleurs dans la société européenne, obligation susceptible d'être satisfaite notamment par l'instauration d'un comité de la société européenne.

¹ Art. L. 2343-8 C. trav.

D - Le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration créant une société européenne¹.

1020. Au terme d'une « gestation » de plusieurs dizaines d'années, les autorités communautaires ont adopté en le 8 octobre 2001 le règlement n° 2157/2001 et la directive n° 2001/86/CE relatifs au statut de la société européenne et à l'implication des travailleurs dans une société européenne². Cette directive a été transposée en droit français par la loi du 26 juillet 2005³, qui a défini les dispositions applicables aux sociétés européennes dont le siège social est situé en France, aux sociétés dont le siège est sis dans l'Hexagone participant à la constitution d'une société européenne ainsi qu'aux filiales et établissements d'une telle société située dans un autre État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen⁴. La société européenne a été instituée afin de faciliter la *« réalisation d'opérations de restructuration et de coopération impliquant des entreprises d'États membres différents »*⁵. Le trait caractéristique d'une société européenne est de nécessairement naître d'une restructuration. L'article 2 du règlement du 8 octobre 2001 prévoit ainsi quatre modes de création d'une société européenne : la fusion, la constitution d'une société européenne holding ou d'une société européenne filiale et la transformation d'une société anonyme en société européenne. Conscient de la vulnérabilité des droits des salariés et particulièrement de leur droit à être représentés collectivement, le droit social européen a adopté un cadre juridique *« visant à garantir que la création d'une société européenne n'entraîne pas la disparition ou l'affaiblissement du régime d'implication des travailleurs, existant dans les sociétés participant à la création d'une société européenne »*⁶. Ainsi, le droit social s'attache à assurer aux salariés d'une société européenne, par essence issue d'une restructuration, le droit à être représentés par un organe spécifique, dans le cadre d'une procédure d'information/consultation, auprès de l'organe dirigeant la société européenne mais aussi à

¹ Dans la mesure où la représentation du personnel dans la société européenne et dans la société coopérative européenne est peu ou prou la même et dans un souci de lisibilité de notre propos, nous évoquerons seulement le sort des institutions représentatives en cas de restructuration en présence d'une société européenne, mais ces développements sont transposables à la société coopérative européenne.

² Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) Journal officiel n° L 294 du 10 nov. 2001 p. 0001 ; Directive n° 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, Journal officiel n° L 294 du 10 nov. 2001 p. 22

³ Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, JORF du 27 juillet 2005, p. 12160

⁴ Art. L. 2351-1 C. trav.

⁵ Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, préc. consid. 3.

⁶ Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001, préc. consid.3.

mettre en œuvre des mécanismes de participation des salariés en offrant à leurs représentants la possibilité d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société européenne ou de recommander la désignation de tout ou partie des membres de ces organes.

1021. La constitution d'une société européenne par voie de restructuration n'emporte *a priori* aucune conséquence sur les institutions représentatives du personnel implantées dans l'entreprise ou l'établissement intégré dans cette société européenne¹. À ce titre, l'article L. 2354-1 du Code du travail dispose que lorsqu'une société européenne est immatriculée, l'accord conclu entre les dirigeants des sociétés participantes et le groupe spécial de négociation ou un accord collectif conclu au niveau approprié peut décider de la suppression ou d'un aménagement des conditions de fonctionnement² des institutions représentatives du personnel qui auraient vocation à disparaître du fait de la perte de l'autonomie juridique d'une ou de plusieurs sociétés participantes situées en France, après immatriculation de la société européenne³. Ainsi, le sort des institutions représentatives implantées dans les entités situées en France qui perdraient leur autonomie du fait de la constitution de la société européenne, peut être réglé par voie conventionnelle. La faculté offerte aux partenaires sociaux d'adapter la représentation du personnel au contexte social et à la nouvelle organisation structurelle de l'entreprise consécutive à la restructuration ayant donné naissance à la société européenne est particulièrement bienvenue puisqu'elle permet d'adopter des solutions pragmatiques, conformes à la réalité de l'entreprise, prenant en considération les intérêts des salariés. La constitution d'une société européenne ne se traduit donc pas par une suppression automatique des institutions représentatives implantées dans l'entreprise intégrée dans la société. Au contraire, sauf à ce qu'elle perde son autonomie, le souci du législateur européen et national est de minimiser autant que faire se peut l'impact de la constitution d'une société européenne sur la représentation du personnel. La principale conséquence de la constitution, d'une société européenne suite à une restructuration est donc la mise en place d'un organe de représentation des travailleurs auprès de la direction de la société européenne.

1022. Instauration d'un comité d'entreprise de la société européenne ou d'une instance représentative des salariés dans le cadre d'une procédure d'information/consultation.

¹ Sauf à ce que la constitution de la société européenne fasse perdre à l'entité son autonomie.

² Éventuellement sous la forme d'une redéfinition de leur périmètre national d'intervention.

³ L'article L. 2364-1 du Code du travail instaure les mêmes dispositions pour la société coopérative européenne.

Lorsqu'une restructuration destinée à créer une société européenne est décidée, une institution représentative des travailleurs au niveau de la direction de la société européenne doit être mise en place par accord conclu entre les dirigeants des différentes sociétés participant à la création de la société européenne et le groupe spécial de négociation¹, composé de membres désignés par les organisations syndicales parmi les représentants des travailleurs élus et les représentants syndicaux². Une négociation doit donc s'ouvrir entre le groupe spécial de négociation et les dirigeants des sociétés intéressées pour la mise en place d'une institution représentative du personnel de la société européenne³. Elle peut aboutir à la création d'un organe de représentation spécifique appelé à être informé et consulté par l'organe dirigeant de la société européenne, à la mise en place d'un comité de la société européenne conventionnel dont la composition et les attributions sont fixées par l'accord, ou en l'absence d'accord, et à l'exclusion de l'hypothèse où le groupe spécial de négociation décide de clore ou de ne pas entamer les négociations, à la création d'un comité de la société européenne « légal » dont les modalités de mise en place, les attributions, la composition et le fonctionnement sont déterminés par les articles L. 2353-1 et suivants du Code du travail.

Toutefois, le groupe spécial de négociation peut décider à la majorité des deux tiers de ses membres issus d'au moins deux États membres et représentant au moins les deux tiers des salariés des sociétés participantes de ne pas ouvrir cette négociation ou de la clore⁴. Il convient d'indiquer que le groupe spécial de négociation ne peut arrêter une telle décision en cas de constitution d'une société européenne par voie de transformation, lorsque que préexiste dans la société appelée à être transformée un système de participation des travailleurs⁵. En effet, dans une telle hypothèse, en application du fameux principe « avant après », l'article L. 2352-18 du Code du travail impose la mise en place d'un niveau d'information, de consultation et de participation au moins équivalent à celui qui existe dans la société vouée à être transformée en société européenne.

¹ Art. L. 2356-16 C. trav.

² Art. L. 2352-5 C. trav., il en va de même pour une société coopérative européenne l'article L. 2362-3 du Code du travail renvoyant à L. 2353-5 dudit code

³ Dont la durée est en principe de six mois sauf décision des parties de fixer une durée supérieure qui ne saurait en tout état de cause excéder un an ; art. L. 2352-9 C. trav. et art. L. L. 2362-4 C. trav. pour une société coopérative européenne.

⁴ Art. L. 2352-13 C. trav. et art. L. 2362-7 C. trav. pour une société coopérative européenne. Il convient d'indiquer que les articles L. 2354-3 (pour la société européenne) et L. 2364-3 du Code du travail (par renvoi) pour la société coopérative européenne prévoient que lorsque le groupe spécial de négociation a pris la décision prévue à l'article L. 2352-13, il est convoqué par le dirigeant de la société européenne à la demande écrite d'au moins 10 % des salariés de la société européenne, de ses filiales et établissements ou de leurs représentants, au plus tôt deux ans après la date de cette décision, à moins que les parties ne conviennent de rouvrir les négociations plus rapidement.

⁵ Art. L. 2352-13 C. trav.

Dans les autres hypothèses, lorsque le groupe spécial de négociation prend la décision de ne pas ouvrir ou de clore les négociations, aucune institution représentative des travailleurs auprès de la direction de la société européenne ne sera mise en place en application de la loi du 26 juillet 2005¹, donnant ainsi lieu à la seule application des dispositions nationales relatives à l'information/consultation des représentants des travailleurs dans les différents États membres où sont employés les salariés de la société européenne. De ce point de vue, le droit français ne respecte pas les prescriptions de la directive qui prévoient que si le groupe spécial de négociation décide de clore ou de ne pas ouvrir les négociations, les dispositions relatives au comité d'entreprise européen sont applicables à la société européenne, lorsqu'elle constitue une entreprise de dimension communautaire². Cette omission est d'autant plus curieuse que le législateur français a pris soin de rappeler à l'article L. 2361-2 du Code du travail relatif à la société coopérative européenne que la décision du groupe spécial de négociation de clore les négociations ou de ne pas les entamer donne lieu à l'application des dispositions relatives au comité d'entreprise européen si la société coopérative européenne est une entreprise de dimension communautaire. Il semble donc souhaitable que le législateur corrige cet oubli et impose l'instauration d'un comité d'entreprise européen lorsque le groupe spécial de négociation décide de ne pas entamer ou de clore les négociations destinées à instaurer un organe de représentation des travailleurs auprès de la direction de la société européenne.

1023. Restructuration de la société européenne postérieure à son immatriculation.

Si, après son immatriculation, la société européenne est l'objet d'une restructuration modifiant son organisation structurelle, la localisation de son siège ou le nombre de travailleurs qu'elle emploie et que cette opération est susceptible d'affecter substantiellement la composition du comité de la société européenne ou de l'organe spécifique de représentation des travailleurs instauré par l'accord issu des négociations engagées avant l'immatriculation de la société, une nouvelle négociation destinée à permettre l'adaptation de l'institution représentative aux changements résultant de cette restructuration doit être engagée selon les modalités définies par les articles L. 2352-1 et suivants du Code du travail.

Par ailleurs, l'article L. 2353-15 du Code du travail prévoit l'adoption par le comité de la société européenne d'un règlement intérieur dans le cadre duquel peut être organisée la

¹ Loi n° 2005-842, du 26 juil. 2005, préc.

² Art. 13 § 1, Dir. n° 2001/86/CE, du 8 oct. 2001, préc.

prise en compte des répercussions, sur le comité, des changements intervenus dans la structure ou la dimension de la société européenne. L'examen de ces changements peut intervenir à l'occasion de la réunion annuelle du comité de la société européenne. De même, l'article L. 2353-12 du Code du travail dispose que « *les modifications de la composition du comité de la société européenne résultant des changements intervenus dans la structure ou la dimension de la société européenne peuvent être décidées par accord passé en son sein* ». Privilégier l'association des représentants des travailleurs de la société européenne pour déterminer les conséquences d'une restructuration sur le comité de la société européenne est ainsi de nature à permettre l'adoption de solutions pragmatiques prenant réellement en considération les intérêts des salariés.

L'inclusion de la société dans ces ensembles plus vastes a pour conséquence majeure d'imposer la mise en place d'une représentation du personnel au niveau de la direction du groupe, de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire ou de la société européenne. Les institutions représentatives du personnel présentes dans l'entreprise ou l'établissement sont *a priori* appelées à se maintenir après l'intégration de l'entité dans ces ensembles plus vastes, sous réserve que la restructuration lui fasse perdre son autonomie. La reconnaissance d'une UES dans laquelle est intégrée l'entité implique pour sa part des répercussions plus importantes sur la représentation du personnel puisqu'elle peut imposer la mise en place des institutions représentatives appropriées à l'UES.

En tout état de cause, le droit social cherche à préserver dans la mesure du possible la représentation du personnel en limitant les conséquences des restructurations sur les institutions représentatives du personnel. Ainsi, si les restructurations modifiant l'architecture organisationnelle de l'entreprise sur laquelle est calquée la représentation du personnel ont fréquemment des répercussions sur les instances représentatives du personnel, le droit social tente de préserver au mieux le droit des salariés à être représentés collectivement et partant leur droit à participer à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants. Non seulement il impose la survie de la représentation du personnel lorsque l'unité d'implantation conserve son autonomie et la qualité d'établissement distinct après la restructuration, mais de surcroît, si elle remet en cause ces qualités, des mécanismes sont prévus pour éviter que l'employeur ne dispose de l'entière maîtrise du sort des institutions représentatives. La perte de la qualité d'établissement distinct emportant suppression des

institutions qui y sont implantées ne peut être reconnue qu'exceptionnellement par l'employeur seul ; dans l'immense majorité des cas il devra obtenir l'approbation des organisations syndicales ou à défaut de la DIRECCTE. En outre, même lorsque la restructuration affecte la qualité d'établissement distinct les mandats des représentants pourront être conventionnellement maintenus et, en cas de saisine de la DIRECCTE, devront l'être jusqu'à la proclamation des résultats des élections suivantes.

Si, à défaut d'emprise sur la décision de restructuration, le droit social s'attache à éviter qu'elle n'entraîne une disparition brutale des institutions représentatives quand l'opération affecte l'architecture organisationnelle de l'entreprise, il en va de même lorsqu'elle entraîne des variations d'effectifs. Le droit social neutralise dans une certaine mesure les « effets de seuils » en subordonnant à l'accord des organisations syndicales ou de la DIRECCTE la suppression des institutions représentatives en cas de réduction des effectifs en deçà des seuils imposant la mise en place d'une représentation du personnel.

Section II – Le sort de la représentation du personnel en cas de variation des effectifs.

1024. La mise en place d'institutions représentatives du personnel est impérative lorsque l'entreprise franchit certains seuils d'effectif. Or, une restructuration est de nature à affecter le nombre de salariés employés dans l'entreprise. Ainsi, une telle opération peut se traduire par une réduction des effectifs consécutive au prononcé d'un grand licenciement collectif par exemple ou à la cession de certaines activités. À l'inverse, une restructuration peut induire le franchissement des seuils d'effectifs requis pour la mise en place des institutions représentatives du personnel notamment lorsqu'une entreprise absorbe tout ou partie d'une autre : l'entreprise absorbante voit ainsi son effectif augmenté des salariés affectés à l'entité absorbée ou acquise. Si les restructurations sont susceptibles d'affecter le nombre de salariés employés dans une entreprise, soucieux d'assurer une certaine stabilité de la représentation du personnel et d'éviter que le moindre franchissement, à la baisse ou à la hausse, d'un seuil d'effectif, ne se traduise par une remise en cause immédiate de la représentation du personnel, le droit social encadre leurs répercussions sur la représentation du personnel (§ 1).

Par ailleurs, le comité d'entreprise ou les comités d'établissement disposent de ressources destinées à assurer leur fonctionnement et à financer des activités sociales et culturelles au profit du personnel, ressources grâce dont le montant est fonction de la masse salariale et partant de l'effectif. Ainsi, une restructuration induisant une variation d'effectif a inmanquablement des incidences sur ces ressources. De même, une restructuration peut entraîner la suppression, encadrée, du comité et imposer ainsi la dévolution de leur patrimoine. Il est donc impératif de déterminer les conséquences des restructurations sur les ressources et le patrimoine des institutions représentatives du personnel, questions auxquelles les pouvoirs législatif et réglementaire ne se sont pas particulièrement intéressés, imposant au pouvoir judiciaire de pallier leurs carences, ce qui laisse tout de même subsister de nombre de zones d'ombre et de situations problématiques que seule la voie conventionnelle semble à même de régler (§ 2).

§ 1 – La préservation de la représentation du personnel en cas de variation d'effectif.

La plupart des restructurations ont un impact sur les effectifs employés dans l'entreprise. Elles peuvent ainsi entraîner le franchissement à la hausse ou à la baisse des seuils d'effectifs imposant la mise en place d'institutions représentatives du personnel. Toutefois, afin de préserver la situation collective des salariés et d'assurer une certaine stabilité à la représentation du personnel, le droit social neutralise en quelque sorte les « effets de seuil » en excluant tout effet immédiat d'une variation d'effectif sur la représentation collective. Ainsi, ce n'est qu'à la stricte condition de s'inscrire dans la durée qu'un franchissement de seuil d'effectif, à la baisse (A) ou à la hausse (B), nécessitera une mise en conformité des institutions représentatives du personnel.

A – Le sort de la représentation du personnel en cas de baisse d'effectif.

1025. Achèvement du mandat des délégués du personnel en dépit d'une réduction de l'effectif en deçà de onze salariés. L'article L. 2312-3 du Code du travail dispose qu'« *À l'expiration du mandat des délégués du personnel, l'institution n'est pas renouvelée si les effectifs de l'établissement sont restés en dessous de onze salariés pendant au moins douze mois. Dans ce cas, le renouvellement intervient dès que les conditions d'effectifs prévues à l'article L. 2312-2 sont à nouveau remplies, la période de trois ans étant calculée à partir de la fin du dernier mandat des délégués du personnel.* ». Ainsi, si une restructuration réduit l'effectif employé dans l'entité en deçà de onze salariés, les mandats des délégués du personnel se poursuivent jusqu'à leur terme. Ce n'est qu'à la date à laquelle ils auraient dû être renouvelés que la réduction d'effectif consécutive à la restructuration affectera l'institution représentative. Sa suppression sera automatique, exonérant ainsi l'employeur d'organiser des élections afin de renouveler l'institution, à la stricte condition que le nombre de salariés employés dans l'établissement ait été inférieur à onze pendant douze mois, consécutifs ou non, sur les trois dernières années.

1026. Suppression du comité d'entreprise en cas de baisse durable et importante des effectifs en deçà de cinquante salariés. L'article L. 2322-7 du Code du travail dispose qu'en cas de réduction durable et importante du personnel ramenant l'effectif au-dessous du seuil de cinquante salariés, le comité d'entreprise peut être supprimé par un accord collectif conclu à l'unanimité des organisations syndicales représentatives. À défaut d'un tel accord, la DIRECCTE peut autoriser la suppression de l'institution et ainsi l'extinction anticipée des mandats y afférents. Si le Code du travail ne définit pas ce qu'est une « *réduction importante et durable* », le Conseil d'État et l'Administration du travail estiment que doit être considérée comme importante une baisse d'au moins 10 % de l'effectif, c'est-à-dire le ramenant en dessous de quarante-cinq salariés¹. Quant au caractère durable, l'Administration du travail raisonne par symétrie avec l'obligation d'instaurer un comité d'entreprise. Ainsi, l'employeur étant tenu de mettre en place un comité en cas de franchissement du seuil de cinquante salariés pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes (*id est* des trente-six mois précédents)², l'Administration en déduit que la suppression de cette institution est subordonnée à la constatation d'une baisse des effectifs en deçà de quarante-cinq salariés pendant au moins vingt-quatre mois consécutifs ou non au cours des trois années de référence³.

À l'instar de la reconnaissance de la perte de la qualité d'établissement distinct, l'intervention de l'Administration du travail pour autoriser la suppression du comité d'entreprise est subsidiaire ; le droit social donne priorité à la voie conventionnelle⁴. En cas de baisse durable et importante des effectifs consécutive à une restructuration, l'employeur doit, avant toute saisine de l'Administration du travail, tenter de trouver une solution négociée avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives pour supprimer le comité et mettre fin aux mandats de ses membres. Le « *défaut d'accord* » conditionnant l'intervention de la DIRECCTE s'entend ainsi de l'impossibilité de parvenir à un accord et non de la simple inertie de l'employeur. Il appartient, à ce titre, à la DIRECCTE saisie d'une demande d'autorisation de suppression d'un comité de s'assurer que l'employeur a tenté, en vain, d'obtenir l'accord des organisations syndicales sur cette question⁵.

¹ CE 20 déc. 1985, n°54.954, 1^{ère} et 10^{ème} s.-s., D 1986, IR, p. 383, obs. J FROISSARD ; Circ. DRT n° 13, du 25 oct. 1983, JO, 20 déc. 1983, p. 11201.

² Art. L. 2322-2 C. trav.

³ Circ. DRT n° 13, du 25 oct. 1983, préc.

⁴ Art. L. 2322-7 C. trav.

⁵ L'absence de réponse d'une organisation syndicale au courrier adressé par l'employeur en vue de solliciter son accord pour supprimer le comité et mettre fin aux mandats de ses représentants équivaut à l'impossibilité de parvenir à un accord au sens de l'article L. 2322-7 et autorise ainsi la saisine de l'administration du travail sur

Outre l'échec des négociations relatives à une éventuelle suppression du comité, l'Administration du travail est tenue de vérifier que l'effectif est bien inférieur à quarante-cinq salariés et qu'il en a été ainsi pendant au moins vingt-quatre mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédant sa saisine. Lorsqu'elle constate que ces conditions sont remplies la DIRECCTE peut autoriser la suppression du comité d'entreprise après s'être assurée d'une part que cette réduction n'est pas frauduleuse, et d'autre part que la suppression de l'institution n'est pas contraire à l'intérêt général. Ainsi, il lui appartient de rejeter la demande de suppression du comité lorsque la baisse durable et importante des effectifs résulte de manœuvres frauduleuses de l'employeur afin d'éluder ses obligations¹. De même, bien que la réduction des effectifs soit effectivement importante et durable, la DIRECCTE peut refuser l'autorisation de supprimer le comité en se fondant sur des motifs d'intérêt général tels que « *les problèmes d'emploi et les relations sociales dans l'entreprise* »², à condition toutefois que sa décision ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts en présence³.

En cas de baisse durable et importante des effectifs consécutive à une restructuration, le directeur départemental du travail dispose donc d'un réel pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'autoriser, ou non, la suppression du comité d'entreprise et partant de mettre fin aux mandats des représentants qui y siègent. Le droit social s'attache ainsi à minimiser les répercussions des restructurations entraînant un franchissement à la baisse des seuils légaux de mise en place du comité. Non seulement est éradiqué tout impact brutal d'une baisse d'effectif puisque celle-ci doit être durable pour affecter l'existence de l'institution mais de surcroît l'autorité administrative dispose d'un important pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de supprimer le comité.

1028. Cessation des mandats des délégués syndicaux en cas de baisse durable et importante des effectifs en deçà de cinquante salariés. L'article L. 2143-11 du Code du travail réserve un sort identique à celui des membres du comité d'entreprise au mandat des délégués syndicaux en cas de baisse durable et importante des effectifs en dessous de cinquante salariés. Ainsi, lorsque que pendant vingt-quatre mois consécutifs ou non sur les

cette question ; CAA Marseille, 18 déc. 2008, préc., cette arrêt a été rendu à propos de la suppression du mandat d'un délégué syndical mais semble pleinement transposable à la suppression d'un comité d'entreprise ou d'établissement.

¹ TA Grenoble, 16 fév. 1988, Société ateliers ruraux de Savoie (relatif à la suppression du mandat d'un délégué syndical mais vraisemblablement transposable à l'hypothèse de la suppression d'un comité) ; Circ. DRT n° 93-12 du 17 mars 1993, annexe Fiche 8, préc.

² CE, 20 déc. 1985, n° 54.954, D. 1986, IR. 383, obs. J. FROSSARD ; CE 24 juil. 1981, n° 17737.

³ CE, 20 déc. 1985, préc.

trois années de référence l'effectif est inférieur à quarante-cinq salariés, l'employeur peut conclure avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives un accord tendant à mettre fin au mandat des délégués syndicaux. À défaut d'un tel accord, que l'employeur doit en tout état de cause avoir tenté d'obtenir, il peut saisir la DIRECCTE pour qu'elle décide de mettre fin aux mandats des délégués syndicaux. À l'instar de l'autorisation administrative de suppression du comité d'entreprise, la DIRECCTE doit s'assurer qu'une tentative de négociation tendant à mettre fin aux mandats a bien été effectuée par l'employeur¹, que la réduction des effectifs est bien importante et durable et qu'elle n'est pas frauduleuse. Enfin, comme en matière de suppression du comité d'entreprise, la DIRECCTE doit s'assurer que des motifs d'intérêt général ne s'opposent pas à l'autorisation de cessation des mandats des délégués syndicaux. Seul un accord unanime ou une décision administrative est susceptible de mettre fin au mandat d'un délégué syndical en cas de réduction des effectifs en dessous de cinquante salariés après une restructuration, l'exclusion d'une décision judiciaire. Ainsi, un tribunal d'instance ne peut annuler la désignation par une organisation syndicale représentative d'un délégué syndical en remplacement du délégué précédemment désigné au motif que l'effectif de cinquante salariés n'est plus atteint².

L'article L. 2143-11 du Code du travail n'est applicable qu'à la cessation des mandats des délégués syndicaux en cas de réduction de l'effectif en dessous de cinquante salariés, à l'exclusion d'une diminution de l'effectif affectant le nombre de délégués syndicaux³, sans pour autant emporter suppression de l'institution, l'entreprise employant toujours au moins cinquante salariés. En effet, l'article R. 2143-2 du Code du travail fixe des seuils d'effectif au-delà desquels le nombre de délégués syndicaux susceptibles d'être désignés est augmenté. Une restructuration se traduisant par une baisse des effectifs qui restent toutefois supérieurs à cinquante salariés, peut donc entraîner une réduction du nombre de délégués syndicaux. Dans ces circonstances, l'organisation syndicale doit donc prendre l'initiative, le plus souvent sur invitation de l'employeur, de réduire le nombre des délégués syndicaux en révoquant les mandats des délégués surnuméraires. En cas de refus de l'organisation syndicale, l'employeur peut saisir le tribunal de grande instance d'une demande de révocation des mandats surnuméraires⁴. De même, l'employeur pourra s'opposer à toute nouvelle désignation par l'un

¹ CAA Marseille, 18 déc. 2008, préc.

² Cass. soc., 12 mai 1986, Bull. civ. V, n° 319.

³ Cass. soc., 21 juil. 1986, Bull. civ. V, n° 450 ; Cass. soc., 10 oct. 2000, Bull. civ. V, n° 319.

⁴ En effet, le tribunal d'instance n'est compétent qu'en ce qui concerne les contestations relatives aux conditions de désignation des délégués syndicaux à l'exclusion de ce qui concerne la révocation de leur mandat. Cependant dans la mesure où lorsqu'ils sont saisis d'une telle demande, les tribunaux d'instance ne se déclarent pas toujours

quelconque des syndicats concernés, d'un délégué syndical tant que leur nombre ne sera pas redescendu à celui fixé par l'article R. 2143-2 du Code du travail¹.

1029. Suppression du comité d'entreprise européen en cas de réduction des effectifs consécutive à une restructuration. La mise en place d'un comité d'entreprise européen est obligatoire lorsqu'une double condition d'effectif est remplie : il est indispensable d'une part que l'entreprise ou le groupe de dimension communautaire emploie au moins mille salariés sur le territoire de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen et d'autre part que l'entreprise comporte un établissement dans au moins deux États membres employant au moins cent cinquante salariés². Lorsqu'une restructuration induit une réduction des effectifs de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire qui de ce fait ne remplit plus cette double condition d'effectif, un accord collectif peut supprimer le comité d'entreprise européen et partant mettre fin au mandat de ses membres. À l'instar des dispositions applicables à la cessation des mandats des représentants au comité d'entreprise ou des délégués syndicaux, l'article L. 2345-1 du Code du travail prévoit que, à défaut d'accord, l'autorité administrative peut autoriser la suppression du comité d'entreprise européen et partant mettre un terme au mandat de ses membres « *en cas de réduction importante et durable du personnel* » ramenant l'effectif en dessous des seuils susvisés. L'absence de précision légale, tant nationale qu'européenne, relative à ce qu'il convient d'entendre par « *réduction importante et durable du personnel* » conduit à transposer les règles définies en la matière pour le comité d'entreprise³.

Le droit social s'attache donc à éviter qu'une réduction des effectifs consécutive à une restructuration n'emporte disparition brutale et automatique des institutions représentatives du personnel qui ne pourront être supprimées qu'à la suite d'un accord unanime ou d'une décision de la DIRECCTE en ce sens.

d'office incompétents, s'ils statuent sur la demande de révocation, leur décision est rendue en premier ressort et devra dès lors faire l'objet d'un appel à défaut duquel le pourvoi en cassation sera déclaré irrecevable. En ce sens, Cass. soc., 24 janv. 1996, Bull. civ. V, n° 30.

¹ Cass. soc., 5 mars 2008, Bull. civ. V, n° 52.

² Art. L. 2341-1 C. trav.

³ En ce sens, H. OUAISSI, th. préc., p. 55.

B - restructuration emportant franchissement des seuils d'effectifs imposant l'institution d'une représentation du personnel.

1030. Obligation de mettre en place des institutions suite au franchissement des seuils d'effectifs résultant d'une restructuration. Délégués du personnel, comité d'entreprise, CHSCT et délégués syndicaux doivent (peuvent pour ces derniers) être institués lorsque l'établissement franchit durablement le seuil de onze salariés pour les premiers¹ et lorsque celui de cinquante salariés est durablement atteint par l'entreprise pour les deuxième et troisième². Ce n'est donc que lorsque l'entreprise a employé, et emploie encore au jour du premier tour du scrutin³, au moins onze salariés, pour les délégués du personnel, et cinquante pour le comité d'entreprise et le CHSCT au cours de douze mois consécutifs ou non sur les trois dernières années que l'employeur est tenu de mettre en place ces institutions représentatives⁴ et d'accepter la désignation de délégués syndicaux par les syndicats représentatifs.

Ainsi, si du fait d'une restructuration, l'entreprise absorbant par exemple une entité issue d'une autre entreprise, les seuils d'effectifs imposant la mise en place d'institutions représentatives sont franchis, l'employeur ne devrait pas immédiatement organiser les élections dans l'entreprise, il ne devrait être tenu de le faire que lorsque ce seuil aura été

¹ Art. L. 2312-1 et L. 2312-2 C. trav.

² Art. L. 2143-3 (délégués syndicaux) et L. 2322-1 (comité d'entreprise) C. trav. ; sur les modalités de calcul des effectifs V. art. L. 1111-1 à L. 1111-3 C. trav. Il convient de préciser que la CJUE estime que l'article L. 1111-3 du Code du travail qui exclut certaines catégories de travailleurs (tels que les apprentis, les titulaires d'un contrat initiative-emploi, etc.) du calcul des effectifs de l'entreprise pour la détermination des seuils déclenchant l'obligation de mettre en place une représentation du personnel est contraire au droit de l'Union (CJUE 15 janv. 2014, aff. C-176/12 ; JCP S 2014, act. 35). Ainsi, si l'article L. 1111-3 du Code du travail a été déclaré conforme à la Constitution (Cons. const., QPC 29 avr. 2011, JORF 30 avr. 2011, p. 7535), il méconnaît en revanche la directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002 qui précise les modalités d'exercice du droit à l'information et à la consultation des travailleurs issu de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en fixant des exigences minimales. En effet, exclure certaines catégories de travailleurs du calcul des effectifs de l'entreprise comme le prévoit l'article L. 1111-3 du Code du travail réduit à néant l'effet utile de la directive en privant les travailleurs des droits qu'elle leur reconnaît. Cependant, la directive du 11 mars 2002 ne peut être invoquée dans un litige entre particuliers, pas plus que l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union relatif au droit à l'information et à la consultation des travailleurs ne confère aux particuliers un droit susceptible d'être invoqué devant un tribunal pour écarter l'application d'une disposition nationale contraire au droit de l'Union. Ainsi, en l'état actuel du droit européen, le seul recours offert aux particuliers est d'engager la responsabilité de l'État français devant les tribunaux administratifs du fait de l'absence de transposition correcte de la directive du 11 mars 2002.

³ Cass. soc., 23 mars 2011, JCP S 2011, 1219.

⁴ Art. L. 2312-2 (délégués du personnel) et L. 2322-2 (comité d'entreprise) C. trav. ; la Cour de cassation décide que « tout salarié employé par une entreprise dont l'effectif est au moins égal à cinquante salariés doit relever d'un CHSCT » ; Cass. soc., 19 fév. 2014, n° 13-12.207, à paraître au Bulletin ; JCP S 2014, act. 100.

franchi pendant douze mois au cours des trente-six précédents¹. Toutefois afin d'assurer au personnel employé dans l'entreprise issue de la restructuration une représentation collective efficace, effective et « rapide »², la Cour de cassation décide que « *que pour déterminer, (...), le seuil d'effectif à partir duquel un délégué syndical peut être désigné pour la première fois dans un établissement constitué à la suite d'une modification dans la situation juridique de l'employeur, les salariés compris dans l'effectif de l'établissement sont pris en compte avec l'ancienneté acquise par l'effet de l'article [L. 1224-1] du Code du travail* »³. En cas de restructuration justiciable de ce texte, l'ancienneté des salariés repris est donc prise en compte pour calculer les effectifs imposant la mise en place des institutions appropriées, ce qui permet ainsi d'additionner à l'effectif déjà présent dans l'entreprise d'accueil les salariés repris ayant acquis douze mois d'ancienneté sur les trois dernières années chez le cédant.

Il en va de même lorsqu'un nouvel établissement est créé et dans lequel sont affectés des salariés repris ou déjà employés dans l'entreprise cessionnaire. Si Jean SAVATIER plaidait pour que la solution opposée soit adoptée par la Cour de cassation en ce qu'elle aurait « [amorti] les effets des restructurations d'entreprises sur les institutions représentatives »⁴, il semble à notre sens que la position de la Cour de cassation doive être pleinement approuvée puisqu'elle permet de déjouer d'éventuelles manœuvres consistant à créer un établissement afin d'échapper à la mise en place immédiate d'institutions représentatives, alors même que sont affectés dans cet établissement des salariés dont l'ancienneté est supérieure à un an au cours des trois dernières années chez le cédant ou le cessionnaire.

Si une restructuration est susceptible d'entraîner des variations à la hausse ou à la baisse des effectifs, le droit social essaye de préserver au mieux le droit des salariés à être représentés collectivement. Si une réduction d'effectif en dessous des seuils légaux d'implantation des institutions peut, à terme, impliquer leur disparition celle-ci est tout de même subordonnée à l'accord des organisations syndicales ou de l'administration du travail. Au-delà des institutions elles-mêmes, une restructuration a fréquemment des conséquences sur leurs ressources et leur patrimoine.

¹ Art. L. 2312-2 (délégués du personnel) et L. 2322-2 (comité d'entreprise) C. trav.

² En ce sens, B. LARDY-PELISSIER, obs. sous Cass. soc., 29 mars 2005, D. 2005, pan. 2507.

³ Cass. soc., 6 juin 2000, Bull. civ. V, n° 222 ; Cass. soc., 29 mars 2005, Bull. civ. V, n° 102 ; RJS 7/05, n° 758 ; D. 2005, pan. 2507, obs. B. LARDY-PELISSIER.

⁴ J. SAVATIER, art. préc.

§ 2 - Sort des ressources financières et du patrimoine des institutions représentatives du personnel.

1031. Afin de pouvoir assumer ses fonctions, le comité d'entreprise bénéficie d'une subvention de fonctionnement à laquelle s'ajoute, éventuellement, une contribution aux activités sociales et culturelles lorsqu'il en assume la prise en charge. Ces deux budgets, qui ne sauraient en aucune hypothèse être confondus et donnent lieu à des versements distincts¹, sont calculés notamment par référence à la masse salariale brute de l'entreprise. Or, une restructuration est susceptible d'affecter le nombre de salariés employés dans l'entreprise qu'elle se traduise par une compression d'effectifs consécutive au prononcé d'un grand licenciement collectif ou qu'elle emporte cession de certaines activités induisant une réduction de la collectivité du personnel de l'entreprise cédante et une augmentation de celle de l'entreprise cessionnaire. Par ailleurs, ces ressources étant calculées au niveau de l'entreprise une modification de sa structure consistant par exemple en la création d'un nouvel établissement peut nécessiter une adaptation du calcul de ces deux subventions.

Au-delà des ressources financières du comité, ce dernier est titulaire d'un patrimoine dont le sort doit également être réglé en cas de restructuration emportant disparition de cette institution. Le traitement des conséquences matérielles des restructurations sur les ressources financières des comités et sur leur patrimoine a fait l'objet d'un encadrement pour le moins lacunaire par les pouvoirs législatif et réglementaire. La jurisprudence a donc dû, tant bien que mal, combler ces lacunes. Pour autant, nombreuses sont les zones d'ombre qui subsistent sur les incidences d'une restructuration sur les ressources du comité (A) et sur son patrimoine (B), la rareté du contentieux sur ces questions semble indiquer que la voie conventionnelle est le plus souvent privilégiée pour traiter ces problématiques particulièrement ardues.

¹ Cass. crim., 4 oct. 1989, Dr. soc. 1990, p. 205, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 4 avr. 1990, Bull. civ. V, n° 171.

A - Le sort des ressources matérielles des comités suite à une restructuration.

1032. L'article L. 2325-43 du Code du travail dispose que « *l'employeur verse au comité d'entreprise une subvention de fonctionnement d'un montant annuel équivalent à 0,2 % de la masse salariale brute. Ce montant s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, sauf si l'employeur fait déjà bénéficier le comité d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,2 % de la masse salariale brute* ». Si le législateur prévoit expressément le versement par l'employeur d'une subvention de fonctionnement au profit du comité d'entreprise, aucune disposition légale n'instaure de budget de fonctionnement équivalent au profit du comité d'entreprise européen ou encore de l'organe de représentation des travailleurs au niveau de direction de la société européenne¹. Les dispositions légales se bornent à énoncer que les dépenses de fonctionnement de ces instances représentatives du personnel sont à la charge de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire ou de la société européenne. Les moyens alloués à ces institutions représentatives du personnel au niveau européen sont *a priori* déterminés dans les accords conclus avec le groupe spécial de négociation pour leur mise en place ou, à défaut d'accord, sont en tout état de cause à la charge de l'entreprise². À la différence de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise aucun minimum légal n'est fixé quant au budget de fonctionnement qui doit être alloué à ces institutions, pas plus que les répercussions d'une restructuration de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire ou de la société européenne ne sont envisagées. Un traitement conventionnel des incidences d'une restructuration sur le budget de fonctionnement alloué à ces institutions transnationales semble donc être la voie privilégiée.

Outre la subvention de fonctionnement, le comité d'entreprise se voit allouer des ressources destinées à financer au profit du personnel de l'entreprise des activités sociales et culturelles dont la gestion et la prise en charge peut être confiée au comité. Calculés par référence à la masse salariale brute de l'entreprise³, une restructuration induisant une variation

¹ Ou de la société coopérative européenne.

² Art. L. 2343-14 C. trav. (pour le comité d'entreprise européen), L. 2353-24 C. trav. (pour le comité de la société européenne), art. L. 2363-6 (pour le comité de la société coopérative européenne).

³ La Cour de cassation a récemment procédé à un revirement de jurisprudence s'agissant de la masse salariale à prendre en compte pour effectuer le calcul des ressources du comité d'entreprise qu'il s'agisse de la subvention de fonctionnement du comité ou de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles. Elle avait ainsi affirmé en 2011 que la masse salariale devait s'entendre de la masse salariale brute comptable correspondant au compte 641 "Rémunérations du personnel" tel que défini par le plan comptable général (Cass. soc., 31 mars

d'effectif ou donnant lieu à la création d'un nouvel établissement est susceptible d'affecter les ressources du comité qu'il s'agisse de sa subvention de fonctionnement (1) ou de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles (2).

1 - Incidences d'une restructuration sur la subvention de fonctionnement du comité.

1033. Une restructuration peut avoir des répercussions sur le montant de la subvention de fonctionnement accordée au comité d'entreprise. Outre les effets sur la masse de l'entreprise sur le fondement de laquelle est calculée la subvention de fonctionnement du comité, une restructuration peut entraîner la suppression de cette institution ou au contraire la création d'un nouvel établissement distinct impliquant ainsi la transformation d'une entreprise jusque-là unitaire en une entreprise à structure complexe composée de plusieurs établissements dotés de comités d'établissements et d'un comité central d'entreprise, ce qui n'est pas sans conséquences sur le calcul de la subvention de fonctionnement et sur sa répartition entre les divers comités.

1034. Répartition de la subvention de fonctionnement entre les divers comités. Dans les entreprises à structure complexe, seuls les comités d'établissement sont créanciers d'une subvention de fonctionnement¹, à l'exclusion du comité central d'entreprise². Si l'employeur peut décider d'allouer au comité central d'entreprise une subvention de fonctionnement supplémentaire distincte de celle qu'il est légalement tenu de verser aux comités d'établissement, rien ne l'y oblige³. À ce titre si la Cour de cassation affirme qu'« *en principe*

2011, n° 09-71.438, inédit). Cependant, ce compte incluant des sommes qui n'ont pas de caractère salarial, la Cour de cassation précise désormais que s'il faut toujours prendre en compte la masse salariale brute correspondant au compte 641, doivent être exclues de l'assiette de calcul de la contribution aux activités sociales et culturelles et de la subvention de fonctionnement les sommes correspondant à la rémunération des dirigeants sociaux, à des remboursements de frais, ainsi que celles dues au titre de la rupture du contrat de travail, à l'exception des indemnités légales et conventionnelles de licenciement, de retraite et de préavis (à propos de la contribution aux activités sociales et culturelles V. Cass. soc. 20 mai 2014, n° 12-29.142 à paraître au Bulletin ; JCP S 2014, act. 195 ; JCP S 2014, 1239, comm. F. BROUD, à propos de la subvention de fonctionnement, V. Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-17.470, à paraître au Bulletin ; JCP S 2014, 1399, comm. J.-Y. KERBOUC'H.). De même, elle a précisé « *au'il appartient à l'employeur qui invoque l'absence d'intégration étroite et permanente des salariés mis à disposition de son entreprise, d'en rapporter la preuve pour s'opposer à leur prise en compte dans le calcul de la masse salariale brute servant au calcul de la subvention de fonctionnement versée au comité d'entreprise* » ; Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-17.470, à paraître au Bulletin.

¹ Cass. crim., 11 fév. 2001, RJS 2003, n° 905 ; Cass. soc., 15 mai 2001, Bull. civ. V, n° 172 ; RJS 7/01, n° 881.

² Il en est de même pour le comité de groupe pour lequel le Code du travail ne prévoit l'allocation d'aucune subvention de fonctionnement.

³ Cass. crim., 31 mars 1992, D. 1992, IR 199 ; JCP E 1993, II, 409, note GODARD.

la subvention de fonctionnement [est] due aux comités d'établissement », elle estime toutefois que « *le comité central d'entreprise, ayant lui-même des frais de fonctionnement, et la loi ne lui accordant pas un droit propre, il est légitime que les comités d'établissement lui rétrocèdent une partie de leur subvention de fonctionnement* »¹. Ainsi, lorsqu'après une restructuration, une entreprise, jusque-là unitaire, devient une entreprise à structure complexe composée de plusieurs établissements imposant la mise en place de comités d'établissement et d'un comité central d'entreprise, il sera nécessaire de déterminer les modalités de calcul des subventions de fonctionnement des divers comités d'établissement et la part qu'il devront rétrocéder au comité central si l'employeur ne lui accorde pas une subvention propre.

En principe, et sauf accord contraire, la subvention de fonctionnement accordée à chaque comité d'établissement s'élève à 0,2 % de la masse salariale brute de l'établissement dans lequel il est implanté. Elle doit être versée directement au comité d'établissement, créancier personnel de l'employeur, à charge pour le comité d'en rétrocéder une partie au comité central pour financer le fonctionnement. Si cette rétrocession partielle est imposée par la Cour de cassation, faute de montant déterminé par la loi, la jurisprudence ne peut définir un montant uniforme, applicable dans toutes les entreprises à structure complexe. Est ainsi préconisée la conclusion d'un accord entre le comité central et les comités d'établissement déterminant le montant et les modalités de la rétrocession de la subvention au profit du comité central. Pour être conforme au principe d'ordre public de séparation des budgets de fonctionnement du comité et de la contributions aux activités sociales et culturelles, si cet accord porte « *à la fois sur une répartition de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles de l'entreprise entre le comité central d'entreprise et les différents comités d'établissement et sur les conditions dans lesquelles une partie des subventions de fonctionnement allouées aux comités d'établissement pourrait être reversée au comité central d'entreprise* [il] doit nécessairement opérer une distinction entre les sommes versées au titre de la contribution aux activités sociales et culturelles et celles versées au titre de la subvention de fonctionnement »². Il est relativement courant que soit conclu un accord de rétrocession entre le comité central d'entreprise et les comités d'établissement dans les grandes entreprises³, fixant le montant et les conditions de cette rétrocession de la subvention de fonctionnement. S'il n'est pas nécessaire que cet accord soit unique et unanime, il peut être

¹ Cass. soc., 15 mai 2001, Bull. civ. V, n° 172 ; RJS 7/01, n° 881 ; V. sur cette question M. COHEN, « Les ressources respectives des comités d'établissement et du comité central d'entreprise », RJS 12/01, p. 934.

² Cass. soc., 9 nov. 2005, Bull. civ. V, n° 319 ;

³ En ce sens, M. COHEN et L. MILLET, *op. préc.*, p. 429.

conclu par une partie seulement des comités d'établissement et être complété par des accords bilatéraux, il est en revanche essentiel que chaque comité d'établissement, sans exception, contribue au financement du comité central d'entreprise. Lorsqu'aucun accord entre les comités d'établissement et le comité central n'est trouvé sur le montant et les modalités de rétrocession au profit du comité central d'une partie de la subvention de fonctionnement allouée aux différents comités d'établissement, le comité central devra saisir le tribunal de grande instance afin qu'il « *arbitre le différend en fixant lui-même le montant de la rétrocession* »¹. En effet, le comité central, pas plus que l'employeur ne peut imposer au comité d'établissement « récalcitrant » une clé de répartition. Ainsi, lorsqu'une restructuration, par exemple une fusion absorption, donne naissance à une entreprise à structure complexe, la subvention de fonctionnement jusque-là accordée au comité de l'entreprise unitaire absorbée sera en quelque sorte « amputée » du montant que le comité d'entreprise devenu comité d'établissement devra reverser au comité central pour qu'il puisse faire face à ses besoins de fonctionnement.

1035. Sort de la subvention de fonctionnement en cas de suppression du comité consécutive à une restructuration. Lorsqu'une restructuration emporte suppression du comité d'entreprise, sa subvention de fonctionnement n'a, par définition, plus de raison d'être. Il convient alors de déterminer le sort des sommes affectées à son budget de fonctionnement qui n'auraient pas encore été dépensées à la date de sa suppression. Destinées à permettre au comité de fonctionner, ces sommes n'ont dès lors plus de cause et ne peuvent être considérées comme intégrant le patrimoine du comité d'entreprise dont la dévolution doit être organisée suite à la dissolution de l'institution. Sauf stipulation contraire, ces sommes doivent réintégrer le patrimoine de leur propriétaire originaire, *id est* la société employeur².

1036. Variation du montant de la subvention de fonctionnement du fait d'une restructuration. Les variations de la masse salariale résultant d'une restructuration ont inéluctablement des répercussions sur la subvention de fonctionnement du comité dans la mesure où celle-ci est fonction de celle-là. De même, le montant de la subvention de fonctionnement accordée au comité peut varier après le transfert de l'entreprise auprès d'un nouvel employeur. En effet, si l'entreprise conserve son autonomie sous la nouvelle direction,

¹ Cass. soc., 15 mai 2001, préc.

² En ce sens, H. OUAISSI, *op. préc.*, p. 136.

le comité d'entreprise reste en place, éventuellement sous la forme d'un comité d'établissement, et le nouvel employeur est tenu d'assumer la charge de la subvention de fonctionnement du comité pour la partie de l'exercice au cours de laquelle il est en fonction dans l'entreprise cessionnaire¹. Si dans l'entreprise cédante la subvention de fonctionnement du comité était fixée à un montant supérieur au montant légal dans le cadre d'un accord collectif, d'un usage ou d'un engagement unilatéral du cédant, le sort de cette subvention dépend de la source qui l'a instituée. Ainsi, dans la mesure où les usages et engagements unilatéraux de l'ancien employeur sont transmis au nouveau, ce dernier sera tenu de verser au comité le montant de la subvention défini par l'usage ou l'engagement unilatéral en vigueur chez le cédant, sauf à le dénoncer régulièrement². Si le montant de cette subvention était fixé par accord collectif, ce dernier sera le plus souvent mis en cause du fait du transfert et le nouvel employeur sera donc tenu d'en assumer le versement pendant le délai de survie de l'accord mis en cause ou dénoncé le cas échéant. Le montant conventionnel de la subvention de fonctionnement n'étant par essence pas constitutif d'un avantage individuel acquis, le nouvel employeur ne sera plus lié au terme du délai de survie de l'accord par les dispositions y afférentes mises en cause ou dénoncées, et devra donc assumer le versement de la subvention de fonctionnement à hauteur de 0,2 % de la masse salariale de son entreprise en application de l'article L. 2325-43 du Code du travail.

Toutefois, si dans l'entreprise cessionnaire le taux de la subvention de fonctionnement diffère de celui en vigueur chez le cédant, ce qui peut notamment être le cas lorsqu'il est fixé par usage, accord collectif ou engagement unilatéral de l'employeur, le comité d'établissement implanté dans l'entité transférée devrait pouvoir prétendre au taux le plus avantageux. Par ailleurs, il est envisageable que chez le nouvel employeur la subvention de fonctionnement soit « allouée différemment » et notamment que son taux soit inférieur à 0,2 % de la masse salariale brute de l'établissement parce qu'en contrepartie de cette réduction l'employeur leur accorde des moyens en personnel³. Ainsi, en cas de transfert d'un établissement conservant son autonomie après la restructuration, le comité d'établissement qui bénéficiait chez le cédant d'une subvention équivalente à 0,2 % de la masse salariale brute de l'établissement pourrait voir ce montant réduit lorsque le nouvel employeur met à sa disposition des moyens supplémentaires en personnel, identiques à ceux dont bénéficient les

¹ Le nouvel employeur ne saurait en revanche être tenu des dettes de son prédécesseur qui n'aurait pas versé au comité la subvention nécessaire à son fonctionnement antérieur à la cession. Un comité ne peut donc demander au nouvel employeur le paiement de la partie de la subvention de fonctionnement correspondant à la période précédant le transfert ; Cass. soc., 28 mai 2008, RJS 8-9/08, n° 911.

² Sur les modalités de dénonciation des usages et engagements unilatéraux.

³ Art. L. 2325-43 C. trav.

autres comités d'établissement. À ce titre, l'article L. 2325-45 du Code du travail prévoit expressément que l'employeur peut être dispensé de verser une subvention de fonctionnement lorsqu'il « *fait déjà bénéficier le comité d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,2 % de la masse salariale brute* ». Toutefois, la subvention de fonctionnement du comité « fraîchement » intégré ne peut être réduite qu'au prorata des moyens en personnel qui lui sont accordés et à la stricte condition que ces moyens en personnel soient exclusivement dédiés au fonctionnement du comité, à l'exclusion de la gestion des activités sociales et culturelles dont le comité a la charge¹.

Quelle que soit l'opération de restructuration, le montant de la subvention de fonctionnement accordée au comité d'entreprise ou au comité d'établissement peut être affecté par cette opération soit qu'elle ait des répercussions sur la masse salariale brute servant de base de calcul à la subvention, soit qu'elle donne naissance à une entreprise à structure complexe imposant au comité de reverser une partie de cette subvention au comité central d'entreprise. Cependant, et en tout état de cause, le comité d'entreprise ou d'établissement survivant à la restructuration bénéficiera d'une subvention dont le montant ne saurait être inférieur à 0,2 % de la masse salariale brute de l'entreprise ou de l'établissement. Les incidences d'une restructuration sur les ressources du comité ne se limitent pas à leur impact, minime, sur la subvention de fonctionnement, elles affectent également la contribution patronale aux activités sociales et culturelles confiées au comité sur laquelle les restructurations peuvent avoir des conséquences bien plus importantes, que le droit social atténue par le truchement de multiples seuils minimum de contribution.

¹ Cass. Crim., 4 oct. 1989, D. 1990, Somm. 158, obs. A. LYON-CAEN ; Dr. soc. 1990, p. 205, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 4 avr. 1990, Bull. civ. V, n° 171.

1037. En application de l'article L. 2323-83 du Code du travail, le comité d'entreprise assure, contrôle ou participe à la gestion des activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise au profit des salariés et de leur famille. Pour ce faire, le Code du travail prévoit l'allocation par l'employeur d'une contribution aux activités sociales et culturelles dont le montant est calculé par référence aux dépenses antérieures consacrées aux activités sociales et culturelles d'une part et à la masse salariale de l'entreprise d'autre part. Afin de comprendre les différentes répercussions qu'une restructuration peut avoir sur le montant de cette contribution, il est essentiel d'exposer les principes régissant son versement ainsi que ses modalités de calcul et de répartition dans les entreprises à structure complexe.

1038. *Absence d'obligation légale générale de verser une contribution minimale.* À la différence de la subvention de fonctionnement versée à tout comité d'entreprise ou d'établissement, tous les comités n'ont pas droit à l'allocation d'une contribution aux activités sociales et culturelles. En effet, l'article L. 2323-86 du Code du travail subordonne le versement de cette contribution, dont il fixe le montant minimum, à l'existence de dépenses sociales réalisées par l'employeur avant l'instauration du comité ou que ce dernier ne prenne en charge la gestion de ces activités sociales et culturelles. Cela signifie donc qu'en l'absence de dépenses antérieures consacrées par l'entreprise à des activités sociales et culturelles au profit de ses salariés, l'employeur est légalement exonéré du versement d'une quelconque contribution minimale¹. S'il fut un temps envisagé de créer une contribution minimale obligatoire aux activités sociales et culturelles, ce projet n'a jamais vu le jour².

Néanmoins, s'il n'existe à ce jour aucune obligation légale générale de verser une contribution minimale aux activités sociales et culturelles, de nombreuses conventions

¹ Cass. soc., 9 juil. 1997, Bull. civ. V, n° 265 ; Dr. soc. 1997, p. 991, obs. M. COHEN ; M. COHEN et L. MILLET, *op. préc.* p. 834.

² En effet, dès 1949, le Conseil économique avait adopté un avis tendant à assurer aux comités le versement d'une contribution minimale équivalant à 3 % de la masse salariale de l'entreprise (avis du 14 janv. 1949, sur le rapp. De M. MAYOUD). Puis le Conseil rendit en 1965 un avis préconisant le versement d'un minimum de ressources, non chiffré (JO CES n° 7 du 27 avr. 1965, p. 366). Le Sénat vota en 1966 un amendement en ce sens qui ne déboucha sur aucun texte (JO déb. Sen., n° 13 du 29 avr. 1966, p. 405). Puis, en 1991 le Gouvernement Rocard déposa un projet de loi instaurant une contribution minimale aux activités sociales et culturelles d'un montant de 0,2 % de la masse salariale, mais ce projet ne fut jamais discuté (projet de loi n° 1958 du 10 avr. 1991 relatif à la généralisation du droit aux activités sociales et culturelles), V. le texte intégral et le commentaire de M. COHEN à RPDS 1991, p. 149.) ; sur cette question V. M. COHEN et L. MILLET, *op. préc.* p. 782.

collectives de branche pallient cette lacune en instaurant un taux minimum de contribution patronale¹. L'article L. 2261-22, II, 2°, du Code du travail subordonne à ce titre la possibilité d'extension d'une convention collective à la prévision par cette dernière de stipulations relatives au financement des activités sociales et culturelles gérées par les comités d'entreprise. Ainsi, même si avant l'instauration d'un comité d'entreprise, l'employeur ne consacrait aucune dépense au financement d'activités sociales et culturelles au profit de ses salariés, ce qui lui permet « d'échapper » à l'application de l'article L. 2323-86 du Code du travail, l'obligation de verser une contribution aux activités sociales et culturelles peut résulter d'une convention de branche, mais aussi d'un accord collectif d'entreprise, d'un engagement unilatéral ou encore d'un usage. En tout état de cause, quelle que soit la source fondant l'obligation pour l'employeur de verser une telle contribution, le montant de celle-ci ne saurait être inférieur aux minima légaux.

1039. Montant minimal de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles. Afin de calculer le montant que l'employeur est tenu d'allouer au comité d'entreprise au titre du budget relatif aux activités sociales et culturelles, l'article L. 2323-86 du Code du travail fixe un double plancher. Ainsi, la contribution annuelle de l'employeur ne peut être inférieure « *au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteint au cours des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise, à l'exclusion des dépenses temporaires lorsque les besoins correspondants ont disparu* ». De surcroît, le second alinéa de ce texte prévoit que le « *rapport de cette contribution au montant global des salaires payés ne peut non plus être inférieur au même rapport existant pour l'année de référence* » ; ce pourcentage minimum influera donc sur le montant de la contribution qui pourra évoluer en fonction des fluctuations de la masse salariale découlant des variations d'effectif résultant d'une restructuration. Les dispositions de l'article L. 2323-86 du Code du travail sont complétées par celle de l'article R. 2323-35 du même code qui énonce que la contribution patronale aux activités sociales et culturelles « *ne peut être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteint au cours de l'une des trois dernières années* ». Le droit social assure donc une certaine stabilité du budget alloué aux activités sociales et culturelles dans l'entreprise en imposant à l'employeur d'octroyer au comité une contribution dont le montant est au moins égal au montant le plus élevé consacré

¹ V. tableau dressé par M. COHEN qui récapitule les divers minima conventionnels, M. COHEN et L. MILLET, *op. préc.* p. 835.

par l'entreprise à ces activités au cours des trois dernières années lorsque la masse salariale de l'entreprise est constante, le rapport de cette contribution à la masse salariale devant également être maintenu par référence à l'année où la contribution était la plus élevée.

Il convient d'indiquer que la Cour de cassation estime « *qu'aux termes de l'article L. 2323-83 du Code du travail, le comité d'entreprise a le monopole de la gestion des activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise ; (...) il en résulte que, quand bien même le comité d'entreprise aurait délégué à l'employeur la gestion d'une partie de celles-ci, le montant de la contribution de l'employeur au financement des activités doit être fixé en tenant compte de la totalité des dépenses sociales de la période de référence* »¹. Ainsi, si l'employeur gère une activité sociale et qu'au fil des ans il réalise des économies sur le budget alloué à cette activité, il n'en reste pas moins que le montant de la contribution versée au comité doit correspondre au montant le plus élevé consacré par l'entreprise aux activités sociales lors des trois dernières années, incluant celles réalisées par l'employeur². Ce dernier doit verser au comité l'intégralité de la contribution aux activités sociales, incluant les dépenses consacrées à l'activité sociale dont la gestion lui est déléguée, à charge pour le comité d'entreprise de rembourser l'entreprise à hauteur des dépenses effectivement consacrées par elle à l'activité qui lui a été déléguée.

Dans la mesure où le budget alloué annuellement au comité d'entreprise pour les activités sociales et culturelles est fonction non seulement des budgets antérieurs, mais aussi de la masse salariale de l'entreprise, une restructuration risque d'affecter notablement le montant de la contribution aux activités sociales et culturelles. Non seulement une telle opération peut se traduire par un changement d'employeur ou par une variation des effectifs se répercutant inéluctablement la masse salariale, mais elle peut aussi emporter création d'un nouvel établissement ou modification de la structure d'une entreprise jusque là unitaire, transformée à l'occasion de la restructuration en entreprise à établissements multiples dotée d'un comité central et de plusieurs comités d'établissement. Dans ces différentes hypothèses, il est nécessaire de déterminer les modalités de calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles nécessairement affectée par la restructuration.

1040. Modalités de calcul et répartition de la contribution patronale lorsqu'une restructuration donne naissance à une entreprise à structure complexe. Nombre de

¹ Cass. soc., 30 mars 2010, Bull. civ. V, n° 81 ; JCP S 2010, 1233, note F. DUMONT ; RDT 2010, p. 455, obs. A. BROUSSE.

² Cass. soc., 30 mars 2010, préc.

restructurations peuvent donner naissance à une entreprise à structure complexe. Il en va ainsi par exemple en cas de fusion entre deux sociétés dont chacune conserve son autonomie après l'opération transformant donc les deux entreprises en établissements distincts de celle issue de la fusion. Il en va de même en cas de transfert partiel d'activité ou lorsqu'est constituée une UES à l'issue d'une restructuration. Il convient alors de déterminer, outre les modalités de calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles, les conditions de sa répartition entre les comités d'établissement et le comité central d'entreprise.

L'article L. 2327-16 du Code du travail prévoit expressément qu'il revient aux comités d'établissement d'assurer et de contrôler la gestion des activités sociales et culturelles, étant précisé qu'il est possible qu'ils confient au comité central la gestion des activités communes à l'ensemble du personnel de l'entreprise. À ce titre, un accord collectif d'entreprise peut être conclu afin de définir les compétences respectives du comité central et des comités d'établissement et les modalités de répartition de la contribution patronale entre eux¹. Le comité central d'entreprise n'a en effet pas le pouvoir de déterminer la répartition de la contribution patronale entre les différents comités d'établissement², pas plus qu'il ne peut revendiquer le droit au versement d'une contribution aux activités sociales et culturelles s'il n'existe aucune activité commune à l'ensemble du personnel de l'entreprise. Si un accord d'entreprise « *peut accorder au comité central d'entreprise, (...), la gestion, en totalité ou en partie, d'activités sociales et culturelles communes à l'ensemble de l'entreprise, il ne peut ni enlever aux comités d'établissements la gestion des activités sociales et culturelles propres à chaque établissement, ni les priver du droit de percevoir directement de l'employeur la subvention calculée sur la masse salariale de l'établissement* »³.

Pour ce qui concerne les modalités de calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles, son montant doit être calculé au niveau de l'entreprise dans son ensemble, le taux légal devant par la suite être appliqué à chaque établissement au regard de sa masse salariale, sauf usage ou accord plus favorable⁴. Chaque comité d'établissement se voit ainsi allouer directement la part de la contribution destinée à financer les activités

¹ Jusqu'à la loi n° 2006-1170 du 30 décembre 2006 (loi n° 2006-1770, 30 déc. 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JORF du 31 déc. 2006, p. 20210) l'accord relatif à la répartition des compétences entre comité central et comités d'établissement devait être conclu par l'ensemble des organisations syndicales représentatives de l'entreprise, cette loi a abandonné l'exigence d'unanimité.

² Cass. soc., 16 déc. 1971, D. 1972, 264.

³ Cass. soc., 30 juin 1993, Bull. civ. V, n° 191 ; Dr. soc. 1993, p. 754, rapp. P. WAQUET ; RJS 1993, p. 496, concl. Y. CHAUVY.

⁴ Cass. soc., 18 mars 1971, Bull. civ. V, n° 228 ; D 1971, 527 ; Dr. soc. 1971, p. 467, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 26 sept. 1989, Bull. civ. V, n° 537 ; Dr. soc. 1990, p. 205, 1^{ère} esp., obs. J. SAVATIER.

sociales et culturelles au profit des salariés travaillant dans l'établissement dans lequel il est implanté. Dès lors, si à la suite d'une restructuration une entreprise unitaire est transformée en entreprise à structure à complexe, ou si une restructuration donne lieu à la constitution d'une UES, le montant de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles doit être calculé au niveau de l'entreprise¹ ou de l'UES², puis le taux légal de cette contribution sera appliqué à chaque établissement en l'absence d'usage plus favorable³.

Toutefois, cette jurisprudence exigeant un taux unique appliqué au niveau de l'entreprise n'a vocation à s'appliquer qu'aux contributions patronales aux activités sociales et culturelles versées en application des dispositions de l'article L. 2323-86 du Code du travail. Or, l'employeur peut décider de verser une contribution calculée différemment, à condition que ses modalités de calcul soient plus favorables que celles résultant des dispositions légales. Il est donc relativement courant que la contribution aux activités sociales et culturelles versée aux comités soit fixée par accord collectif, usage ou engagement unilatéral de l'employeur. Dans une telle hypothèse, l'exigence jurisprudentielle du taux unique n'a pas vocation à s'appliquer et des taux différents peuvent ainsi être fixés d'un établissement à un autre à la stricte condition d'être plus favorables que les dispositions légales. L'accord collectif peut ainsi fixer un taux moyen pondéré de la contribution patronale et déterminer les règles de répartition de la contribution entre les divers comités d'établissement au regard de leurs besoins respectifs. Il convient d'indiquer qu'un tel accord doit avoir fait l'objet avant sa conclusion d'une consultation simultanée du comité central de l'entreprise et des différents comités d'établissement⁴. Pour ce qui concerne les modalités de répartition de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles entre les différents établissements, s'il est d'usage le plus souvent de retenir le critère de la masse salariale, ce critère peut se révéler source d'iniquité⁵. En effet, certains établissements peuvent avoir une masse salariale très élevée parce qu'ils emploient essentiellement des cadres ou des ingénieurs, alors même que leur effectif est moindre que celui d'autres établissements dont la masse salariale est nettement inférieure alors même que leur personnel est bien plus nombreux mais principalement composé d'ouvriers non qualifiés ou de salariés dont les salaires sont relativement peu élevés. C'est pourquoi, l'accord relatif à la répartition de la contribution patronale peut prévoir une répartition de cette contribution en fonction non pas

¹ Cass. soc., 18 mars 1971, préc.

² Cass. soc., 25 sept. 2012, n° 10-26.224, publié, JCP S 2012, 1500, note H. GUYOT.

³ Cass. soc., 25 sept. 2012, n° 10-26.224, préc.

⁴ Cass. crim., 11 fév. 2003, Dr. soc. 2003, p. 897, obs. M. COHEN.

⁵ En ce sens, H. OUAISSI, th. préc., p. 134.

de la masse salariale de chaque établissement mais des effectifs qui y sont employés. À ce titre, à l'occasion d'une fusion entre deux sociétés comprenant chacune plusieurs établissements dont l'une avait adopté une répartition de la contribution patronale au prorata des effectifs des établissements et l'autre au prorata de leur masse salariale respective, la Cour de cassation a jugé que la loi n'interdisait nullement que coexistent dans l'entreprise issue de la fusion deux modes distincts de répartition de la contribution patronale entre les établissements¹.

1041. Création d'un nouvel établissement après une restructuration et contribution aux activités sociales et culturelles. Une restructuration peut entraîner une modification du découpage de l'entreprise donnant lieu à la création d'un nouvel établissement distinct dans lequel est implanté un comité d'établissement. Cet établissement étant nouveau, l'employeur n'a, par définition, jamais consacré la moindre dépense pour des activités sociales ou culturelles. L'employeur pourrait ainsi tenter de se prévaloir de cette « absence de précédent » pour refuser de verser audit comité une contribution aux activités sociales et culturelles, l'obligation légale de verser cette contribution étant subordonnée à l'existence de dépenses sociales antérieures. Afin d'éviter que la restructuration de l'architecture de l'entreprise donnant naissance à de nouveaux établissements distincts ne se traduise par une réduction de leur effort en matière sociale et culturelle, la Cour de cassation a décidé, dès 1971, que le montant global de la contribution devait être calculé au niveau de l'entreprise et que le comité du nouvel établissement devait bénéficier d'une contribution aux activités sociales et culturelles dès lors qu'il avait été créé *« en vue de l'extension de l'entreprise en en modifiant partiellement l'implantation et non pour l'exploitation d'une entreprise nouvelle »*².

La distinction ainsi opérée par la Cour de cassation fut l'objet de vives critiques qui soulignèrent outre l'obscurité de cette solution son caractère inique puisqu'elle laissait accroire qu'une contribution patronale ne serait pas due à l'ensemble des comités d'établissement nouvellement créés mais seulement à ceux participant à l'extension de l'entreprise, à l'exclusion de ceux créés pour une nouvelle activité³. La Cour de cassation a fort heureusement abandonné cette solution en 1989 dans un arrêt dans lequel, après avoir rappelé le principe selon lequel le montant global de la contribution doit être calculé au niveau

¹ Cass. soc., 27 mai 1987, Bull. civ. V, n° 344.

² Cass. soc., 18 mars 1971, préc.

³ En ce sens, A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et la restructuration d'entreprise », Dr. soc. 1979, p. 23 ; J. SAVATIER, obs. sous Cass. soc., 18 mars 1971, préc.

de l'entreprise, elle consacre le droit pour le comité d'établissement nouvellement créé à bénéficier d'une contribution aux activités sociales et culturelles sans distinguer selon que l'établissement a été créé en vue de l'extension de l'entreprise ou pour l'exploitation d'une entreprise nouvelle¹. Ainsi, si un nouvel établissement naît à la suite d'une restructuration naît, l'employeur devra verser à son comité une contribution dont le montant sera calculé en appliquant à la masse salariale de l'établissement le même pourcentage que celui déterminé au niveau de l'entreprise. Cette solution préserve la situation collective des salariés au regard des activités sociales et culturelles développées à leur profit, en évitant que par la seule décision de restructurer son entreprise en créant de nouveaux établissements l'employeur ne réduise son effort financier en matière d'activités sociales et culturelles².

1042. *Variations d'effectif au sein d'une même entreprise et calcul de la contribution aux activités sociales et culturelles.* Une restructuration peut se traduire par des variations d'effectif au sein des établissements de l'entreprise, soit qu'elle emporte prononcé d'un important licenciement collectif, soit qu'elle entraîne un transfert de personnel interne à l'entreprise en regroupant au sein d'un ou plusieurs établissements certaines activités jusqu'à lors « éparpillées ». Si cette opération n'affecte pas l'existence de l'ensemble des établissements et leur caractère distinct, ces transferts de personnel vont en revanche inmanquablement avoir des répercussions sur la masse salariale des établissements concernés. La modification des masses salariales respectives des établissements se répercutera dès lors sur le montant de la contribution versée à chaque comité. Ainsi, lorsque la contribution patronale est calculée conformément aux dispositions de l'article L. 2323-86 du Code du travail c'est-à-dire en pourcentage de la masse salariale par référence aux dépenses antérieures, le comité de l'établissement dont les effectifs ont diminué après la restructuration verra sa dotation réduite tandis que celle du comité de l'établissement dont les effectifs augmentent sera accrue à proportion de la hausse de sa masse salariale. La Cour de cassation estime en effet que le montant le plus avantageux atteint par la contribution patronale au cours

¹ Cass. soc., 26 sept. 1989, Bull. civ. V, n° 537 ; Dr. soc. 1990, p. 205, 1^{ère} esp., obs. J. SAVATIER

² Il convient d'indiquer que selon le professeur DOKÈS, la jurisprudence de la Cour de cassation ne permet pas de mettre fin à certaines pratiques mise en œuvre selon lui par quelques entreprises qui « pour éviter de continuer à payer ce minimum légal créent une filiale qui reprendra 90 % du personnel. Au sein de la personne morale de départ, le comité sera maintenu, mais la masse salariale ayant été considérablement réduite la contribution le sera d'autant. La nouvelle filiale, dépourvue de tout passé, n'aura jamais connu d'activités sociales et culturelles. Aucune contribution financière à ce titre ne sera dès lors due au comité d'entreprise nouvellement créé. La fraude semble grossière. Elle n'en sera pas moins dépourvue de sanction pour peu que la restructuration interne soit présentée avec suffisamment d'habileté pour empêcher la preuve de toute intention frauduleuse ou celle d'une unité économique et sociale » (E. DOKÈS, « Le traitement social des séparations d'entreprises », in *Les séparations internationales d'entreprises*, Litec, 2004, p. 366.). Gageons que la Cour de cassation fera preuve de vigilance et d'intransigeance à l'égard de telles pratiques.

des trois dernières années n'est maintenu que pour autant que la masse salariale reste constante ; lorsqu'elle est modifiée, la contribution doit subir la même variation¹.

1043. *Transfert d'entreprise ou d'établissement et contribution patronale aux activités sociales et culturelles.* Lorsqu'un transfert d'entreprise ou d'établissement fait perdre son autonomie à l'entité dans l'entreprise cessionnaire et que le comité d'entreprise ou d'établissement ne survit pas à cette restructuration, le nouvel employeur ne sera logiquement pas tenu de verser au comité supprimé une contribution aux activités sociales et culturelles. De même, si en cas de transfert au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le montant de la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise était fixé dans l'entreprise d'origine par un usage ou un accord collectif à un montant supérieur à la contribution légale, le nouvel employeur ne sera tenu de les respecter que si l'institution se maintient dans la nouvelle entreprise². En effet, nous l'avons vu le transfert relevant de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail emporte transmission au nouvel employeur des usages et engagement unilatéraux de son prédécesseur. Le nouvel employeur sera donc tenu de respecter les règles applicables chez le cédant relatives au montant de la contribution versée à l'entité transférée lorsqu'elle conserve son autonomie et le caractère d'établissement distinct impliquant le maintien du comité d'établissement ou du comité d'entreprise, peu important que ce dernier soit transformé en comité d'établissement ou d'entreprise chez le nouvel employeur³. Si le plus souvent, un tel transfert emporte mise en cause des accords collectifs, leurs dispositions continuent à recevoir application pendant le délai de survie de quinze mois, imposant au nouvel employeur de se soumettre aux règles fixant le montant de la contribution pendant ce délai⁴. En revanche, la contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne pouvant être qualifiée d'avantage individuel acquis, le nouvel employeur ne sera plus tenu par les engagements de son prédécesseur à l'issue du délai de survie. Cependant, si à l'issue de ce délai le nouvel employeur n'est plus tenu de respecter les dispositions conventionnelles ou s'il a régulièrement dénoncé l'usage ou l'engagement unilatéral de son prédécesseur fixant le montant de la contribution aux activités sociales et culturelles dans l'entreprise d'origine, cette dénonciation ou cette mise en cause ne saurait autoriser le nouvel employeur à réduire le montant de la contribution versée au comité

¹ Cass. soc., 6 juin 2000, JSL 2000, n° 61.

² Cass. soc., 13 mai 2009, Bull. civ. V, n° 132, préc.

³ Cass. soc., 30 nov. 2004, préc.

⁴ Art. L. 2261-14 C. trav.

de l'établissement transféré en deçà des minima fixés par les articles L. 2323-86 et R. 2323-35 du Code du travail¹.

Ainsi, le nouvel employeur devra verser au comité de l'établissement transféré une contribution dont le montant ne peut être inférieur au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales et culturelles au cours des trois années précédant la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral ou la cessation de l'application de l'accord collectif mis en cause ou dénoncé. Le chiffre le plus avantageux atteint au cours des trois dernières années n'étant maintenu que si la masse salariale reste constante, si celle-ci diminue, la contribution subira la même variation². Dès lors qu'un transfert d'entreprise ou d'établissement ne remet pas en cause l'autonomie de l'entité et assure de ce fait la survie du comité, le nouvel employeur est tenu de verser au comité une contribution d'un montant au moins équivalent au montant le plus élevé consacré par son prédécesseur aux dépenses sociales et culturelles de ce comité, sauf variation de la masse salariale. Le droit social assure ainsi une certaine stabilité de la contribution aux activités sociales et culturelles après les restructurations.

Cependant, si en présence d'un transfert partiel d'activité justiciable de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'entité ne conserve pas son autonomie chez le cessionnaire et que cette restructuration laisse subsister chez le cédant le comité de l'établissement, le comité de l'entreprise cessionnaire ne pourra se prévaloir du maintien du montant de la contribution aux œuvres sociales et culturelles en usage au sein de la société cédante³. Le comité de l'entreprise cessionnaire pourra seulement réclamer l'application des articles L. 2323-86 et R. 2323-35 du Code du travail lui assurant le versement d'une contribution d'un montant au moins égal au total le plus élevé consacré par l'entreprise cessionnaire au cours des trois années précédentes, étant rappelé que le rapport du montant de la contribution et de la masse salariale ne pouvant être inférieur à celui existant pour l'année de référence, l'augmentation de la masse salariale induite par l'incorporation du personnel transféré dans l'établissement entraînera une hausse proportionnelle de la contribution versée au comité de l'établissement d'accueil.

Si le Code du travail ne réglemente pas les incidences des restructurations sur le montant de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles versée au comité d'entreprise ou d'établissement, les dispositions des articles L. 2323-86 et R. 2323-35 du

¹ Cass. soc., 14 mars 2007, JCP S 2007, 1322 ; RJS 5/07, n° 625.

² Cass. soc., 30 nov. 2004, préc. ; Cass. soc., 1^{er} avr. 1997, Bull. civ. V, n° 134.

³ Cass. soc., 13 mai 2009, préc.

Code du travail qui fixent les planchers minima de contribution permettent d'assurer la stabilité de son montant après une restructuration. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation imposant à l'employeur de verser une contribution aux activités sociales et culturelles lors de la création d'un nouvel établissement permet d'éviter qu'un employeur ne profite de la restructuration de son entreprise et de la création d'un nouvel établissement pour réduire son effort financier en matière d'activités sociales et culturelles au profit des salariés de l'entreprise.

Pas plus qu'il n'encadre le sort des ressources des comités en cas de restructuration, le Code du travail n'envisage les incidences de ces opérations sur le patrimoine des comités dont il se limite à fixer les règles de dévolution en cas de cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise.

B - Le sort du patrimoine des institutions représentatives du personnel en cas de restructuration.

1044. Restructuration n'affectant pas la survie du comité. Dotés de la personnalité juridique, les comités d'entreprise, d'établissement ou les comités centraux ont un patrimoine constitué le plus souvent de biens dédiés aux activités sociales et culturelles : centres de vacances, de loisirs, biens culturels, équipements sportifs, etc. Si une restructuration ne remet pas en cause l'autonomie de l'établissement ou de l'entreprise, le comité survit et reste propriétaire de son patrimoine qui n'est nullement affecté par l'opération. Ainsi, si une entreprise pourvue d'un comité d'entreprise cède une partie de son activité, sans que cette partie ne constitue un établissement distinct, son comité reste en place et demeure propriétaire de l'intégralité de son patrimoine sur lequel le comité de l'entreprise cessionnaire ayant recueilli les salariés en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne peut revendiquer aucun droit¹. Toutefois, il est possible que le comité de l'entreprise cédante gère un patrimoine particulièrement important, qu'il soit propriétaire d'immeubles ou d'équipements sportifs dont le financement et les frais d'entretien peuvent être particulièrement élevés. Or, le transfert d'une partie importante du personnel, entraînant consécutivement une baisse de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles proportionnelle à la réduction de la masse salariale, est susceptible de placer le comité de l'entreprise cédante dans une situation particulièrement délicate, celui-ci ne disposant plus des

¹ Cass. soc., 22 fév. 1995, Dr. soc., 1995, p. 392, note J. SAVATIER.

ressources indispensables à l'entretien et au financement de ces équipements. Dans une telle hypothèse, les comités d'origine et d'accueil des salariés transférés peuvent conclure un accord pour mettre en commun leurs équipements collectifs et participer conjointement à leur entretien et à leur financement, offrant ainsi la possibilité aux salariés des entreprises cédante et cessionnaire de jouir de ces équipements à des tarifs préférentiels¹. En tout état de cause si la restructuration ne remet pas en cause l'existence du comité, il reste propriétaire de ses biens, et aucun des comités des entreprises ou établissements dans lesquels les salariés sont transférés ne saurait revendiquer un quelconque droit sur ces biens. En revanche, en cas de restructuration entraînant la disparition de l'institution, la question de la dévolution du patrimoine du comité se pose et n'est pas sans soulever un certain nombre de difficultés dans la mesure où le Code du travail n'encadre cette dévolution que dans une hypothèse : la cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise.

1045. Dévolution du patrimoine du comité d'entreprise en cas de cessation totale et définitive de l'entreprise. L'article R. 2323-39 du Code du travail dispose qu'en cas de cessation définitive de l'activité de l'entreprise, le comité décide de l'affectation des biens dont il dispose. La liquidation est opérée par ses soins, sous la surveillance de la DIRECCTE. La dévolution du solde des biens est réalisée au crédit, soit d'un autre comité d'entreprise ou interentreprises, notamment dans le cas où la majorité des salariés est destinée à être intégrée dans le cadre de ces entreprises, soit d'institutions sociales d'intérêt général dont la désignation est, autant que possible, conforme aux vœux exprimés par les salariés intéressés. En aucun cas, le comité ne peut décider de répartir ses biens entre les salariés ou les membres du comité. Cet article ne régit donc le sort du patrimoine du comité qu'en cas de cessation totale et définitive de l'entreprise, à l'exclusion des autres hypothèses de suppression du comité après une restructuration qui ne mettrait pas fin à l'activité de l'entreprise.

Ainsi, lorsqu'une restructuration emporte cessation totale et définitive de l'entreprise le comité décide seul de l'affectation de son patrimoine, si le directeur régional de l'emploi « surveille » les opérations de dévolution des biens du « défunt » comité, il ne peut en aucune mesure les diriger pas plus qu'il ne peut décider en lieu et place du comité de l'affectation de ses biens. Si l'entreprise a cessé toute activité avant que le comité d'entreprise n'ait procédé à la dévolution de son patrimoine, le comité, comme toute personne civile, survit pour les besoins de sa liquidation jusqu'à l'achèvement des opérations. L'article R. 2323-39 du Code

¹ En ce sens, M. COHEN et L. MILLET, *op. préc.*, p. 798.

du travail semble imposer au comité de transmettre ses biens en priorité aux comités d'entreprise ou d'établissement dans lesquels les salariés de l'entreprise ont été transférés. Il doit ainsi chercher avant tout à ce que la dévolution de son patrimoine permette aux anciens salariés de l'entreprise de continuer à jouir des installations sociales et culturelles dont ils bénéficiaient avant la cessation totale et définitive de l'activité. Il appartient ainsi au comité de donner ses biens aux comités des entreprises ou des établissements dans lesquels la majorité des anciens salariés de l'entreprise ont été mutés afin que ces derniers continuent à profiter des biens acquis initialement pour leur offrir le bénéfice d'activités sociales et culturelles.

Toutefois, il est envisageable que suite à la disparition de l'entreprise, la collectivité des salariés soit trop « éparpillée » notamment parce que le personnel a simplement été licencié pour motif économique après la fermeture de l'entreprise sans qu'aient été organisées des cessions d'activités. Dans une telle hypothèse, en l'absence de comités d'entreprises ayant recueilli la majorité des salariés, l'article R. 2323-39 du Code du travail prévoit la possibilité pour le comité de décider de faire don de ses biens à une institution d'intérêt général dont la désignation doit autant que possible être conforme aux vœux exprimés par le personnel. Le comité peut ainsi déterminer une liste d'institutions d'intérêt général auxquelles il envisage de transmettre ses biens et organiser une consultation des salariés, sous forme de référendum par exemple, pour leur permettre de se prononcer sur l'institution à laquelle ils préfèrent que soit dévolu le patrimoine du comité.

Par ailleurs, le comité peut également décider de créer une association *ad hoc*, dont les statuts visent un but d'intérêt général, afin de s'assurer que son patrimoine bénéficiera bien aux anciens salariés de l'entreprise¹. Si la nature juridique de l'institution sociale d'intérêt général importe peu, il est essentiel en revanche qu'elle soit habilitée à recevoir des dons. Le comité d'entreprise peut ainsi décider de transmettre son patrimoine à une association reconnue d'utilité publique ou à une association simplement déclarée en préfecture si ses statuts prévoient qu'elle a un but exclusif d'assistance ou de bienfaisance et que l'acceptation du don est autorisée par décision préfectorale. Si, suite à la consultation du personnel, le choix du comité se porte sur une association dont le but exclusif n'est pas l'assistance ou la bienfaisance, cette association sera tenue de modifier ses statuts en ce sens afin de pouvoir recevoir, après autorisation préfectorale, le don du comité. À ce titre, créer une association d'assistance aux anciens salariés de l'entreprise peut permettre au comité de s'assurer que ses

¹ M. COHEN et L. MILLET, *op. préc.* p. 799.

biens continueront bien à profiter à la collectivité des anciens salariés de l'entreprise. Si la création d'une telle association est licite, il est impératif d'une part que l'association ait un but exclusif d'assistance et de bienfaisance et d'autre part que le préfet ait autorisé la donation par le comité de ses biens à cette association. Cette association ne pourra en aucun cas vendre ultérieurement les biens reçus en donation du comité afin de partager le prix reçu entre les anciens salariés de l'entreprise.

De même, le comité ne pourra décider de donner tout ou partie de ses biens aux anciens salariés de l'entreprise, pas plus qu'il ne peut distribuer ses fonds comme des indemnités de licenciement ou qu'il ne peut transmettre son patrimoine à ses propres membres ; l'article R. 2323-39 du Code du travail prohibe expressément une telle dévolution. De même, le comité ne peut décider de d'utiliser ses fonds pour acquérir des parts sociales d'une société créée par les salariés licenciés¹.

En cas de cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise, le droit social instaure donc des règles de dévolution du patrimoine du comité guidées par le souci d'assurer aux anciens salariés de l'entreprise la possibilité de continuer à bénéficier des biens, installations et équipements dédiés aux activités sociales et culturelles. La transmission des biens du comité disparu aux comités des entreprises dans lesquelles les anciens salariés ont éventuellement été transférés doit donc être privilégiée par préférence à une donation au profit d'une institution sociale d'intérêt général. Toutefois, dès lors que « l'éparpillement » de la collectivité des salariés ne permet pas réellement une telle dévolution, le comité doit transmettre ses biens à une institution d'intérêt général choisie conformément aux vœux exprimés par la collectivité des salariés.

1046. Dévolution des biens d'un comité supprimé en cas de poursuite de l'activité de l'entreprise. Nombre de restructurations peuvent entraîner la disparition d'un comité d'entreprise ou d'établissement sans pour autant que l'entreprise ne cesse son activité, il en va ainsi notamment en cas de baisse durable et importante des effectifs en deçà de cinquante salariés lorsque la suppression du comité a été autorisée par accord collectif ou décision administrative, ou en cas de perte de la qualité d'établissement distinct ou encore en cas de transfert d'une entité qui perd son autonomie par-delà l'opération. Dans toutes ces hypothèses, l'article R. 2323-39 du Code du travail n'a pas vocation à s'appliquer puisque celui vise expressément la « *cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise* » et que

¹ Rep. Min., JOAN, 10 fév. 1986, p. 535, n° 61.238.

la Cour de cassation interprète strictement les dispositions de ce texte. Ainsi par exemple, si une entreprise, composée de deux établissements dotés chacun d'un comité d'établissement, décide de les fusionner pour poursuivre son activité au sein d'un unique établissement, les règles de l'article R. 2323-39 du Code du travail ne s'appliquent pas pour organiser la dévolution du patrimoine des comités. Les deux comités disparaissent et doit être institué un comité d'entreprise unique. S'il semble conforme au souci du droit social que les salariés de ces établissements continuent à profiter des biens des comités d'établissement grâce au regroupement des deux patrimoines des comités défunts et à leur transmission au comité d'entreprise unique instauré à l'issue de la restructuration, aucun texte en ce sens n'est prévu par le Code du travail. Il semble ainsi que la solution la plus adaptée soit de rechercher un règlement conventionnel du sort du patrimoine de ces comités en concluant un accord afin qu'ils puissent faire don de leur patrimoine respectif au comité d'entreprise unique instauré à l'issue de la restructuration¹. La conclusion d'un tel accord permet ainsi que le patrimoine des comités d'établissement continue à profiter au personnel de l'entreprise dont l'activité est poursuivie. Cette solution semble de surcroît conforme à la position adoptée par la Cour de cassation en cas de disparition d'un comité d'établissement suite à la fermeture d'un établissement lorsque l'entreprise poursuit son activité.

En effet, dans un arrêt du 23 janvier 1996 la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir écarté l'application de l'article R. 2323-39 du Code du travail à la dévolution du patrimoine d'un comité d'établissement consécutive à la fermeture de l'établissement dans lequel il était implanté alors même que l'entreprise poursuivait son activité, ce texte ayant vocation selon la Cour de cassation à régir uniquement la dévolution des biens du comité d'entreprise en cas de cessation d'activité totale et définitive de l'entreprise. Toutefois, elle censure la solution de la Cour d'appel qui avait estimé que la décision du comité d'établissement de donner ses biens au Secours populaire, institution sociale d'intérêt général, n'était pas entachée d'abus de pouvoir. La Cour de cassation affirme ainsi dans cet arrêt que les biens du comité de l'établissement fermé « *devaient être affectés aux comités d'entreprise ou d'établissement des sociétés du groupe (...) où les salariés avaient été transférés* »².

Cette solution a fait l'objet de vives critiques doctrinales. En effet, certains auteurs regrettent que la Cour de cassation refuse de faire application de l'article R. 2323-39 à la dévolution des biens du comité d'établissement en cas de fermeture d'établissement³. Ce texte

¹ En ce sens, M. COHEN et L. MILLET, *op. préc.* p. 799.

² Cass. soc., 23 janv. 1996, Bull. civ. V, n° 25 ; JCP 1996, II, 22650, note J. SAVATIER.

³ V. J. SAVATIER, note sous Cass. soc., 23 janv. 1996, *préc.*

n'étant pas applicable et aucun texte ne réglementant le sort du patrimoine d'un comité d'établissement supprimé, il est juridiquement relativement ardu de comprendre sur quel fondement le comité d'établissement pourrait être privé du droit de décider du sort des biens dont il est propriétaire¹, et ce, d'autant plus lorsqu'il s'inspire des dispositions d'un texte réglementaire pour la dévolution de son patrimoine. S'il est juridiquement difficilement compréhensible que le comité supprimé puisse être privé du droit de disposer des biens dont il est propriétaire au profit d'une institution d'utilité publique, la solution retenue par la Cour de cassation s'explique par le souci qui est le sien que les biens du comité d'établissement continuent à profiter en priorité à la collectivité des salariés de l'établissement fermé. Si les salariés de l'établissement sont transférés dans d'autres établissements ou entreprises du groupe, le comité doit transmettre ses biens aux comités des entités dans lesquels les anciens salariés de l'établissement sont mutés. Si cette solution est satisfaisante quand la majorité des salariés a effectivement été transférée dans des entreprises ou établissements du groupe, elle est d'application bien plus délicate en cas d'éclatement ou de dispersion progressif de la collectivité des travailleurs, notamment lorsque se succèdent les grands licenciements collectifs et les cessions partielles d'activité. Comme l'écrivait Jean SAVATIER, « si une fraction importante de ce personnel est licenciée, mise à la retraite ou reclassée, grâce à des mesures figurant dans un plan social, dans des entreprises extérieures, il n'existe pas en réalité, de comités d'établissement pouvant légitimement prétendre à une part du patrimoine du comité d'établissement disparu. C'est dans des cas de ce genre que la dévolution du patrimoine à une institution sociale d'intérêt général peut se justifier. Rien n'empêche le comité qui décide d'une telle affectation de préciser l'affectation des biens dévolus à cette institution de manière à favoriser l'ancien personnel de l'établissement disparu². En refusant l'application de l'article [R. 2323-39] en cas de cessation d'activité d'un établissement, la Cour de cassation retire aux représentants du personnel la faculté de décider de l'affectation du patrimoine du comité de cette manière. Elle privilégie l'affectation souhaitée par le président du comité disparu sur celle ayant la préférence des représentants du personnel. »³.

Si cette solution peut donc s'avérer critiquable et d'application délicate dans certaines circonstances, la Cour de cassation l'a depuis confirmée en approuvant une Cour d'appel d'avoir « *refusé à juste titre d'annuler la décision affectant les biens du comité d'établissement aux comités d'entreprise des sociétés du groupe (...) où les salariés avaient*

¹ En ce sens, J. SAVATIER, note sous Cass. soc., 23 janv. 1996, préc. ; M. COHEN et L. MILLET, *op. préc.* p. 798.

² V. J. SAVATIER, *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, éd. Liaisons, p. 101.

³ J. SAVATIER, note sous Cass. soc., 23 janv. 1996, préc.

été transférés »¹. La jurisprudence s'attache donc à assurer aux salariés la possibilité de continuer à bénéficier des biens appartenant au comité de l'établissement dans lequel ils travaillaient en privilégiant la dévolution de son patrimoine au profit des comités des entités dans lesquels ils ont été transférés à la suite de la ou des restructuration(s) ayant contribué à la fermeture de l'établissement.

Si les restructurations sont susceptibles d'entraîner la suppression des comités d'entreprise ou d'établissement et partant d'imposer la dévolution de leur patrimoine, le droit social cherche avant toute chose à s'assurer que leurs biens dont profitaient, jusqu'à leur suppression, les salariés travaillant dans l'entreprise ou l'établissement dans lesquels ils étaient implantés soient affectés dans la mesure du possible soit aux institutions représentatives du personnel des entités dans lesquelles ces salariés sont transférés, soit à des institutions d'intérêt général. Le droit social s'attache donc en matière de dévolution du patrimoine des institutions représentatives à essayer d'amoindrir autant que possible les répercussions des restructurations sur la situation des salariés. Cette volonté de préserver la situation, notamment collective, des salariés face à ces opérations se retrouve également lorsqu'il s'agit de déterminer le sort des ressources des divers comités après une restructuration. Le souci du droit social est ainsi de garantir aux comités survivant à l'opération une certaine stabilité de leurs ressources de fonctionnement mais aussi de celles dédiées aux activités sociales et culturelles mises en place au profit des salariés.

¹ Cass. soc., 10 juin 1998, Bull. civ. V, n° 317.

CONCLUSION CHAPITRE

1047. Toujours soucieux d'amoindrir les incidences potentiellement néfastes des restructurations sur la situation des salariés, le droit social préserve leur droit à être représentés collectivement malgré la restructuration de l'entreprise. S'il n'a aucune emprise sur la décision de restructuration, qui relève du chef d'entreprise seul, le droit social tente d'éviter que cette décision unilatérale ne remette en cause les institutions représentatives du personnel permettant aux salariés de participer à la gestion de l'entreprise et à la détermination de leurs conditions de travail. À ce titre, le droit social garantit la pérennité des institutions représentatives après les restructurations n'affectant ni l'autonomie de l'entité dans laquelle elles sont implantées, ni sa qualité d'établissement distinct. Surtout, lorsqu'une restructuration porte atteinte à cette autonomie ou au caractère distinct de l'établissement dans lequel les institutions sont mises en place, ou lorsqu'elle remet en cause l'organisation de l'entreprise sur laquelle est calquée celle de la représentation du personnel ou qu'elle réduit les effectifs en deçà des seuils imposant leur mise en place, le droit social s'oppose à que cette opération entraîne une suppression automatique et de plein droit de la représentation collective des salariés. L'instauration de garde-fous subordonnant la suppression des institutions représentatives à l'accord des organisations syndicales ou à l'autorisation de l'Administration du travail préserve ainsi réellement la situation collective des salariés. Le droit social compense donc, dans une certaine mesure, son impuissance face à la décision de restructuration prise par le chef d'entreprise seul, au nom de sa liberté d'entreprendre, en empêchant qu'elle ne puisse emporter suppression du jour au lendemain des institutions représentatives du personnel.

Atténuer les conséquences potentiellement néfastes des restructurations sur la situation collective des salariés et notamment sur leur droit fondamental à être représentés pour pouvoir par le biais de leurs délégués participer à la gestion de l'entreprise est ainsi le souci essentiel du droit social en la matière. Faute de pouvoir réellement influencer sur la décision de restructuration elle-même, le droit social n'a pour seule alternative que d'en amoindrir les répercussions sur la situation collective des salariés en permettant que survivent, dans la mesure du possible, les institutions représentatives du personnel qui offrent aux salariés au niveau collectif un pouvoir d'expression dont ils ne disposent pas à titre individuel du fait de

leur subordination juridique à l'employeur. Si les dispositions protectrices législatives et réglementaires sont relativement lacunaires sur le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration, la Cour de cassation s'est attachée à pallier ces insuffisances en dégagant des solutions tendant à préserver autant que faire se peut la situation des salariés. Des solutions conventionnelles sont également le plus souvent recherchées par les employeurs et les organisations syndicales afin d'adapter les institutions représentatives au plus près de la réalité de l'entreprise issue de la restructuration tout en préservant les intérêts des salariés et particulièrement celui d'être correctement représentés auprès de la direction de l'entreprise.

CONCLUSION DU TITRE

1048. S'il ne peut remettre en question la décision de restructuration librement arrêtée par la direction de l'entreprise selon des logiques économiques, financières et entrepreneuriales qui lui échappent, le droit social protège la situation collective des salariés menacée par cette décision, en empêchant qu'elle n'emporte disparition brutale des institutions représentatives du personnel ou du statut collectif applicable dans l'entreprise. Ce statut constitue non seulement une source de droits et d'avantages pour les salariés, mais également un élément, si ce n'est l'élément, essentiel de la politique sociale de l'entreprise, un outil à son service lui permettant, pour ce qui concerne les accords collectifs, d'adapter les dispositions légales ou les stipulations conventionnelles conclues à un niveau supérieur, voire d'y déroger. L'essor de la négociation dite « de gestion », la décentralisation croissante du droit du travail et sa procéduralisation font du statut collectif un instrument capital de l'organisation de l'entreprise. Cette « réglementation privée » spécifique à l'entreprise est menacée lorsqu'est mise en œuvre une restructuration : l'application des conventions et accords collectifs peut être mise en cause, le maintien des régimes d'épargne salariale et de protection sociale complémentaire s'avérer impossible ou nécessiter une profonde refonte, etc.

Pour autant, le droit social instaure divers mécanismes tendant à faire obstacle à la suppression brutale des droits que les salariés tirent de leur statut collectif. Il assure leur maintien, au moins temporaire, et confie aux partenaires sociaux le soin d'assurer une transition « en douceur » entre le statut collectif dont jouissaient les salariés avant la restructuration et celui applicable à l'entreprise restructurée. S'en remettre aux partenaires sociaux pour régler le sort des droits et avantages issus du statut collectif négocié ou non des salariés est particulièrement adapté au contexte des restructurations. En effet, cela permet non seulement de prendre en compte les spécificités de l'entreprise restructurée, qu'il s'agisse de sa situation économique, de la nécessité d'harmoniser les différents statuts collectifs des personnels concernés qui constituent une collectivité de travail unique après l'opération, mais surtout la négociation collective permet de régler les questions techniques particulièrement ardues soulevées notamment par le sort des régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire. De surcroît, la survie, au moins temporaire, du statut collectif, alliée

à la « menace » de la contractualisation des avantages individuels acquis sur le fondement du statut collectif négocié, garantit un certain équilibre entre les parties à la négociation, de nature à préserver les droits des salariés.

Si l'employeur est libre de restructurer son entreprise, le droit social prévoit divers garde-fous pour éviter qu'il ne dispose d'une entière maîtrise du sort du statut collectif des salariés ou des institutions représentatives, à la suite de sa décision unilatérale de modification de la structure de l'entreprise, que celle-ci consiste à réduire les effectifs, à fermer un établissement, à en céder un, ou en acquérir un nouveau, à scinder l'entreprise, à abandonner l'exploitation d'une activité, à externaliser certains services, etc. Soucieux de garantir le maintien des conditions du principe de participation, ou de l'exercice du droit syndical, maintien dépourvu d'enjeu économique ou entrepreneurial direct qui ne contredit donc pas *a priori* la finalité de la restructuration, le droit social s'oppose à ce qu'elle emporte suppression brutale et automatique des institutions représentatives du personnel. Non seulement il impose le maintien de la représentation du personnel quand l'opération n'affecte pas la qualité d'établissement distinct de l'entité concernée, mais de surcroît, en cas de perte de cette qualité ou de réduction des effectifs en deçà des seuils rendant impérative leur mise en place, il subordonne la suppression des institutions représentatives à l'accord des organisations syndicales ou, à défaut, à celui de l'Administration du travail.

Privilégier le traitement conventionnel du sort de la représentation du personnel est particulièrement bienvenu, puisque les partenaires sociaux sont les mieux à même de définir les cadres d'implantation des institutions les plus appropriés pour que la représentation du personnel puisse effectivement assurer l'expression collective des salariés, la défense de leurs intérêts collectifs et leur droit fondamental à participer à la gestion de l'entreprise et à la détermination de leur conditions de travail.

1049. Si s'en remettre aux partenaires sociaux de l'entreprise pour déterminer le sort des droits collectifs des salariés après une restructuration est opportun, le recours à la voie conventionnelle n'en est pas moins problématique, dans la mesure où rien ne garantit, une fois l'opération réalisée, que les syndicats appelés à négocier et à conclure des accords adaptant leur statut collectif ou procédant au « redécoupage » électoral de l'entreprise disposent d'une véritable légitimité pour ce faire. En effet, il apparaît relativement incongru que le législateur privilégie la voie conventionnelle pour régler ces problématiques sans s'être préoccupé de déterminer les effets d'une restructuration sur la répartition des forces syndicales au sein de l'entreprise restructurée. Le silence, coupable, du législateur sur cette question a contraint la

Cour de cassation à pallier sa carence, en décidant dans un souci de simplicité et de stabilité du paysage syndical, que la représentativité des organisations syndicales au niveau de l'entreprise est établie pour la durée du cycle électoral et ne saurait être remise en cause par une restructuration intervenant avant son terme. Ainsi, la négociation relative au sort des droits collectifs des salariés pourrait-elle être menée avec des syndicats qui resteront représentatifs au niveau de l'entreprise jusqu'au terme du cycle électoral, alors même qu'après la restructuration la majorité de leur corps électoral aura été transférée (ou licenciée), et que l'entreprise ne sera plus composée que d'établissements dans lesquels ils ne sont pas représentatifs. À l'inverse, des organisations représentatives dans les établissements cédés grâce aux bons scores électoraux obtenus dans ces entités, ne pourront pas devenir représentatives au niveau de l'entreprise cessionnaire avant la fin du cycle électoral, dès lors qu'elles ne l'étaient pas à l'issue des dernières élections, et ne pourront donc participer à la négociation d'entreprise pour déterminer le sort du statut collectif et de la représentation du personnel, peu important l'ampleur de leurs résultats électoraux dans les établissements repris, et le fait qu'après la restructuration elles soient représentatives dans l'immense majorité des établissements de l'entreprise cessionnaire.

Si l'intangibilité de la mesure de la représentativité au niveau de l'entreprise jusqu'à l'achèvement du cycle électoral retenue par la Cour de cassation est critiquable, puisqu'elle ne permet pas de refléter la réalité de l'audience syndicale après une restructuration et compromet ainsi la légitimité des syndicats représentatifs, on peut toutefois difficilement la blâmer de n'avoir pas imposé un calcul de l'audience syndicale au fil des restructurations ayant d'importantes répercussions sur la composition du corps électoral, alors même que le législateur ne l'a pas fait. Seul celui-ci peut réglementer les répercussions d'une restructuration sur la mesure de la représentativité syndicale en fixant les conditions dans lesquelles il convient de recalculer l'audience électorale de chaque syndicat. Si une telle intervention est souhaitable parce qu'elle garantira que les partenaires sociaux auxquels est confié le sort des droits collectifs des salariés après une restructuration sont auréolés d'une certaine légitimité, elle semble pour le moins hypothétique, en ces temps où les pouvoirs publics cherchent avant tout à « simplifier la vie des entreprises », dans le cadre du « choc de simplification » promis par le Président de la République.

CONCLUSION DE LA PARTIE

1050. Menaçant l'emploi, les droits et avantages des salariés issus de leur statut collectif, des régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire, ou encore la représentation du personnel, pierre angulaire de leur participation à la gestion de l'entreprise, les répercussions potentiellement néfastes des restructurations sur la situation des salariés n'ont pas échappé au droit social qui tente de les amoindrir. Ainsi, voilà près d'un siècle qu'il contraint le nouvel employeur à poursuivre l'exécution des contrats de travail en cas de transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise et l'identité maintenue après l'opération. Les restructurations justiciables de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne peuvent, sauf circonstances strictement encadrées, impliquer des licenciements. Si aucun licenciement ne peut en principe être prononcé à l'occasion du transfert à peine d'être privé d'efficacité, il n'est pas rare qu'en réalité, l'effet translatif de l'article L. 1224-1 du Code du travail porte pour partie sur la charge de certains licenciements, dont le poids financier aura été anticipé dans le cadre de la convention de cession entre employeurs successifs. En effet, une fois le transfert opéré, rien n'interdit au repreneur de procéder à une compression d'effectif dans le cadre d'une réorganisation de son entreprise pour supprimer les « doublons » consécutifs à l'intégration du personnel repris dans la collectivité de travailleurs qu'il employait initialement.

Si le droit social peut imposer le maintien impératif des contrats de travail en cas de cession, puisqu'il préserve les intérêts tant des salariés que de l'entreprise qui a besoin d'eux pour pouvoir exploiter son activité et assurer sa survie, les restructurations ne consistant pas en un transfert relevant des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail peuvent, pour leur part, impliquer des compressions d'effectifs. Parce que l'emploi est non seulement une source de revenus, vitale pour les salariés et leurs familles, mais également un élément fondamental de leur identité sociale, le droit social, tenu de concilier liberté d'entreprendre et droit constitutionnel à l'emploi, prévoit la mise en œuvre de différentes mesures d'accompagnement social des salariés menacés de licenciement pour motif économique.

Libre de restructurer son entreprise et de prononcer des licenciements pour motif économique, l'employeur ne peut se décharger du coût social de sa décision unilatérale sur la collectivité, et doit assumer sa responsabilité sociale. Il lui appartient ainsi de mettre en œuvre

des mesures permettant d'éviter les licenciements et, lorsque des contrats seront inéluctablement rompus, d'accroître les chances des salariés de retrouver au plus vite une activité professionnelle stable, en leur offrant le bénéfice des prestations d'une cellule de reclassement, d'actions de formation tendant à développer leur employabilité et à leur permettre d'acquérir les qualifications et compétences requises pour pourvoir des emplois pour lesquels un besoin de main d'œuvre existe, de mesures de soutien à la recherche d'emploi ou à la création/reprise d'entreprise, etc. À défaut d'emprise sur la décision de restructuration et de pouvoir assurer la sécurité de l'emploi face aux restructurations, le droit social cherche à sécuriser les parcours professionnels des salariés en leur offrant le bénéfice de divers dispositifs, impliquant, pour un grand nombre d'entre eux, une participation des pouvoirs publics et du service public de l'emploi, afin qu'ils restent le moins longtemps possible au chômage.

Si l'intention est louable, elle se heurte malheureusement à la réalité économique et sociale. Bien souvent le recours à l'activité partielle ne permettra que de retarder les licenciements, et non de les éviter ; soutenus dans leur parcours de recherche d'emploi ou de création/reprise d'une entreprise, mieux formés, les salariés licenciés pour motif économique n'en restent pas moins confrontés à un taux de chômage particulièrement élevé en France, et à une conjoncture économique instable particulièrement peu favorable aux créations d'emploi.

Il est d'ailleurs symptomatique que la mesure phare de l'accompagnement des salariés menacés de licenciement, le plan social, devenu en 2002 plan de sauvegarde de l'emploi, soit dans le langage courant synonyme de licenciement collectif alors même que sa finalité est d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre et de favoriser la réinsertion professionnelle des salariés dont le contrat sera inéluctablement rompu. Impuissant face aux décisions de restructurations, le droit social l'est tout autant face à l'économie.

C'est d'ailleurs parce que l'enjeu économique est quasi-nul que le droit social peut se montrer plus impératif lorsqu'il s'agit de protéger la représentation du personnel après une restructuration. Afin de préserver le droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise et à la détermination des conditions de travail, mais aussi la faculté pour l'employeur de négocier des accords collectifs lui permettant de déroger aux dispositions légales et conventionnelles supérieures pour les adapter à la situation spécifique de l'entreprise, le droit social s'oppose à ce qu'une restructuration emporte par principe suppression immédiate de la représentation collective des salariés. Non seulement celle-ci doit être maintenue lorsque l'entité concernée reste un établissement distinct après l'opération, mais de surcroît la perte de

cette qualité (emportant suppression des institutions, sauf accord contraire) est subordonnée à l'accord des organisations syndicales ou de l'Administration du travail.

Si le droit social confie aux partenaires sociaux le soin de déterminer le sort de la représentation du personnel lorsque celle-ci est affectée par la restructuration, il en va de même du statut collectif négocié dont bénéficient les salariés, dont l'application peut être mise en cause à la suite de l'opération, qui n'affecte en revanche pas le statut collectif non-négocié. Le droit social assure la survie, au moins temporaire, des droits et avantages que les salariés tirent de leur statut collectif, y compris des régimes d'épargne salariale, lorsqu'elle est possible, ainsi que de certaines garanties et prestations issues des régimes de protection sociale complémentaire. Ce maintien temporaire du statut collectif, et la perspective de l'éventuelle contractualisation des avantages individuels acquis, assure ainsi un certain équilibre entre les partenaires sociaux, de nature à préserver au mieux les intérêts des salariés au cours de cette négociation destinée à assurer une transition « en douceur » entre les statuts collectif successivement applicables, à adapter les normes collectives à la nouvelle réalité économique et sociale de l'entreprise issue de la restructuration et à permettre, si nécessaire, l'unification des différents statuts en présence.

Si la voie conventionnelle est particulièrement appropriée pour résoudre les difficultés pratiques auxquelles sont confrontées les entreprises après une restructuration lorsqu'il s'agit de déterminer le sort de la représentation du personnel ou des droits et avantages issus du statut collectif, en particulier celui des régimes d'épargne salariale ou de protection sociale complémentaire qui soulèvent des problématiques particulièrement ardues, il est revanche regrettable que le droit social ne garantisse pas la légitimité des organisations syndicales habilitées à négocier, du fait de l'intangibilité de la mesure de la représentativité pendant toute la durée du cycle électoral, en dépit des restructurations susceptibles d'affecter profondément le corps électoral.

Des multiples menaces que les restructurations font peser sur les intérêts tant individuels que collectifs des salariés, naît une exigence de protection mise en œuvre par le droit social, dont l'objectif est d'atténuer au maximum les répercussions de ces opérations sur la situation des salariés. S'il peut paraître paradoxal que le droit social cherche, avant toute chose, à « figer » la situation des salariés après une restructuration, en assurant lorsqu'il est possible le maintien de l'emploi et de la situation collective des salariés, alors même que l'essence des restructurations est la volonté ou la nécessité de changer, de transformer ou encore d'adapter les structures de l'entreprise à son environnement économique et social, ce

paradoxe n'est que le reflet d'un autre : bien que n'ayant aucune emprise sur la décision de restructuration, le droit social est tenu d'en gérer les conséquences sur la situation des salariés.

CONCLUSION GENERALE

1051. Appréhender les restructurations d'entreprise est en soi particulièrement complexe, tant le phénomène et les entreprises qui en sont l'objet sont protéiformes ; en limiter le coût social relève de la gageure que le droit social tente toutefois de soutenir. Non seulement ces opérations peuvent poursuivre des objectifs variés (surmonter une crise, développer l'activité, accroître la rentabilité économique à moyen terme ou au contraire la rentabilité financière à court terme, etc.) et concerner des « entreprises » aux activités et structures les plus diverses, mais de surcroît, quand bien même arriverait-il à appréhender l'intégralité du phénomène dans ses nuances les plus variées, le droit social est réduit au rang de « gestionnaire » des conséquences de ces décisions sur lesquelles il n'a ni emprise, ni influence.

Pour autant, le droit social tente de résoudre cette équation qui s'apparente à la quadrature du cercle, afin d'atténuer les conséquences des restructurations sur la situation des salariés dont les droits individuels -particulièrement leur emploi-, et collectifs, s'en trouvent menacés.

1052. Les protections accordées par le droit social aux droits collectifs des salariés en aval de restructurations sont assez efficaces : ces opérations ne peuvent pas, en principe, entraîner la disparition brutale des avantages issus du statut collectif, ni de leur droit à participer à la gestion *via* leur représentants car la suppression des institutions représentatives du personnel est conditionnée à l'accord des syndicats majoritaires ou, à défaut, à l'aval de l'Administration du travail.

1053. Si le droit social parvient à limiter effectivement l'impact des restructurations sur les droits collectifs des salariés, c'est essentiellement parce que ces derniers sont étrangers à l'objet de la restructuration, qui, en revanche, concerne toujours, de manière plus ou moins directe, les conditions d'utilisation du facteur travail, qu'il s'agisse de réduire son coût, d'améliorer sa productivité, ou d'élargir ses fonctions. Ainsi, lorsqu'il tente de réduire les incidences des restructurations sur l'emploi des salariés, le droit social poursuit un objectif de

« stabilité » ou de préservation de la situation contractuelle, quand la restructuration poursuit pour sa part un objectif de « modification » de l'effectif ou de ses conditions d'emploi.

1054. Pour être dépassée, cette contradiction implique une conciliation entre l'objectif poursuivi par la décision de restructuration librement déterminé par la direction de l'entreprise, et celui de sauvegarder l'emploi et donc d'assurer l'effectivité d'un droit constitutionnel en limitant le coût social de l'opération, largement assumé par la collectivité, concourant ainsi à l'intérêt général. Cette conciliation ne peut être effective et réelle qu'à la stricte condition que la préservation de l'emploi soit impérativement prise en compte dans les choix de gestion de l'entreprise. Or, tel n'est pas véritablement le cas.

1055. Bien sûr le droit social tente d'y remédier en imposant une négociation collective « à froid » sur la GPEC pour sécuriser les parcours professionnels des salariés, ou en encourageant les partenaires sociaux à négocier « à chaud » pour faire face à une crise et essayer de la surmonter en préservant au mieux l'emploi. Il tente également d'y remédier en conditionnant la régularité des licenciements pour motif économique à l'existence d'une justification légitime et à l'absence d'autre alternative, ou en soumettant les licenciements collectifs au contrôle des représentants du personnel et de l'Administration du travail qui peut « paralyser temporairement » le prononcé des licenciements si l'employeur n'a pas consulté les représentants du personnel et mobilisé tous les moyens à sa disposition pour tenter de préserver l'emploi et d'accroître les chances de réinsertion professionnelle des salariés pour sécuriser leur parcours professionnel.

1056. Néanmoins, tous ces dispositifs ne concourent nullement à faire de la préservation de l'emploi un paramètre à part entière de la décision entrepreneuriale. Un employeur peut toujours décider de fermer un site et de licencier son personnel même s'il a reçu une offre de reprise¹ qui aurait permis de maintenir l'activité et l'emploi sur le site et préservé ainsi l'équilibre économique et social local. Certes, il sera sans doute « condamné » à rembourser une partie des aides publiques qu'il a perçues pour ce site et devra contribuer au financement d'actions tendant à relancer une dynamique de création locale d'emplois et

¹ dans le cadre du processus de recherche d'un repreneur qu'il aurait dû mener pour ne pas essuyer un refus administratif d'homologation/validation de son projet, tout en connaissant pertinemment l'issue de cette recherche, le sort de l'établissement étant déjà scellé...

d'entreprises, à stimuler et à renforcer l'attractivité économique du bassin pour limiter le coût social de sa décision « socialement irresponsable ».

1057. Sa liberté d'entreprendre, celle de pouvoir opter parmi les différents choix de gestion qui s'offrent à lui pour celui qui est le mieux indiqué pour atteindre l'objectif qu'il a unilatéralement défini, n'est aucunement atteinte, ni même restreinte.

1058. À ce titre, il serait souhaitable que le législateur intervienne pour mettre fin à l'incohérence du droit du licenciement pour motif économique qui consiste à pouvoir, sans motif légitime, engager une procédure de grand licenciement collectif et la mener à son terme, à condition de respecter la procédure de consultation des représentants du personnel et d'avoir élaboré un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux observations et suggestions que ne manquera pas de faire la DIRECCTE en constatant que ce projet n'est fondé sur aucun motif économique légitime. Instaurer un contrôle *ex ante* des raisons pour lesquelles l'entreprise envisage de prononcer un grand licenciement collectif serait à ce titre opportun¹ et permettrait « d'interdire les licenciements boursiers », vœu ou promesse formulé(e) par de nombreux élus, toutes tendances politiques confondues.

1059. Néanmoins, le Conseil constitutionnel censurerait à n'en pas douter cette décision dans la mesure où elle autoriserait un juge à contrôler un choix de gestion de l'employeur et à substituer son appréciation à celle de l'entrepreneur, atteinte forcément disproportionnée à la liberté d'entreprendre, les membres actuels du Conseil ayant une conception pour le moins particulière du contrôle de proportionnalité en ne faisant que peu de cas de l'objectif social poursuivi par le législateur. La décision du Conseil constitutionnel relative à la loi Florange a éteint tout espoir² que l'emploi devienne une variable que la loi impose à l'employeur de prendre en considération lorsqu'il décide de mettre en œuvre une restructuration³.

¹ En ce sens, F. GÉA, « La problématique *Vivéo* : au législateur de reprendre la main », RDT 2012, p. 608

² Du moins tant que cette institution ne sera pas réformée que les sages surprotègeront la liberté d'entreprendre (en fondant leur décision sur des considérations politiques travesties derrière des raisonnements juridiques fallacieux) à laquelle il « interdit » au législateur de porter la moindre atteinte au titre du droit constitutionnel à l'emploi ou de l'intérêt général.

³ T. SACHS et S. VERNAC, « La fondamentalisation d'un ordre libéral -. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014, loi sur la reconquête de l'économie réelle », Dr. soc. 2014, p. 528

1060. Il semble à ce titre étonnant d'imposer le respect de l'objectif de maintien de l'emploi aux seules restructurations décidées dans des entreprises soumises à une procédure collective, par hypothèse, dans une situation extrêmement critique. Aux côtés des objectifs poursuivis par les dirigeants ou les propriétaires du capital, la prise en compte de celui de préserver l'emploi lorsqu'une décision de gestion est arrêtée pourrait réellement permettre de limiter les coûts sociaux des restructurations ; mais l'impuissance du social face à l'économie, du politique face au financier, constatées de longue date, ont été légitimées par le Conseil constitutionnel.

1061. Pour limiter le coût social d'une décision sur laquelle on ne peut avoir d'emprise, une alternative est envisageable : faire assumer ce coût par son responsable. Pour ce faire, au moins deux solutions sont envisageables : la première consisterait à assortir le prononcé d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse d'une sanction véritablement comminatoire, à tout le moins imposer une indemnisation correspondant au préjudice réellement subi par les salariés qui ont perdu leur emploi, préjudice nettement plus important en 2014 qu'en 1973¹. Le prononcé d'un licenciement injustifié pourrait ainsi donner lieu à une indemnisation plus importante du salarié, au remboursement de l'intégralité des indemnités chômage « indument » versées par Pôle emploi qui pourrait ainsi réaliser de substantielles économies réinvesties dans l'accompagnement des projets créateurs d'emplois, le soutien des entreprises porteuses de projets, ou l'amélioration du suivi des demandeurs d'emplois.

1062. La seconde serait de reprendre l'idée d'une responsabilité civile des sociétés mères en raison des dommages causés par leurs filiales, comme cela avait été prévu dans le projet CATALA². Imposer aux décideurs d'assumer le coût de leur décisions illégales, par analogie avec le principe « pollueur/payeur », pourrait ainsi dissuader certaines entreprises de détruire illégitimement de nombreux emplois et imposer aux autres de réparer le préjudice subi par les salariés, et plus largement par la collectivité résultant de leur décision.

1063. Cependant, de telles mesures ne verront variablement jamais le jour, afin de préserver (ou au moins de ne pas nuire) à risque à « l'attractivité économique de la France » et

¹ E. DOCKÈS, « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Vivéo », Dr. soc. 2012, p. 606

² P. CATALA, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), remis le 22 septembre 2006 au Garde des sceaux, La Documentation française, 2006 ;

la liberté d'entreprendre qui se dressent avec vigueur contre toute disposition qui permettrait de limiter le coût social des restructurations. L'appréhension des restructurations par le droit social « est ainsi devenu le lieu le plus visible du renversement des rôles qui s'est opéré entre l'État, l'entreprise et la finance. Là où, dans la tradition colbertiste, l'État dictait les grandes lignes d'une politique économique que les grandes entreprises mettaient en œuvre et que les financiers devaient servir, ce sont aujourd'hui les objectifs financiers qui dictent la conduite des entreprises, tandis que le coût des sacrifices humains qui en résultent est supporté par l'État, soit directement par le financement des politiques de l'emploi, soit indirectement lorsqu'il doit faire face à la misère, la violence »¹.

1064. En modifiant le paradigme de l'employeur véritable titulaire du pouvoir direction et de gestion et de l'entreprise sur lesquels s'est bâti le droit du travail, la financiarisation de l'économie rend ineffectives les mesures élaborées pour réduire l'impact social négatif des restructurations. Néanmoins, si ce phénomène a pu se développer au point de « prendre le contrôle de l'économie, de la société et même de nos vies », les États nations redoutant la réaction des marchés à l'annonce d'une réforme sociale ou fiscale, c'est parce que le droit a créé les conditions de son essor. Le marché, l'extrême liquidité des capitaux financiers, la déconnection entre l'économie réelle, productive et l'économie spéculative ne sont pas « naturels ». Un marché se définit d'abord par l'existence des limites que le droit lui fixe. Il peut ainsi décider de fixer ces limites « en considération des conditions réelles de vie et de travail des hommes, et viser à les améliorer »², ou non.

1065. « La technique juridique n'est pas neutre, elle est servante du maître qu'elle se choisit »³.

¹ A. SUPLOT, à propos du droit de l'emploi ; A. SUPLOT, « Le droit du travail bradé sur le « marché des normes » », *Dr. soc.* 2005, p. 1087.

² A. SUPLOT, art. préc.

³ La formule est de Gérard LYON-CAEN qui la nuance en ajoutant que cette technique peut également « servir plusieurs maîtres indistinctement (d'où le danger de toute argumentation abstraite) » ; G. LYON-CAEN, « La crise actuelle du droit du travail », in *Le Droit capitaliste du travail*, ss. dir. F. COLLIN, Presses universitaires de Grenoble, coll. « Critique du droit », 1980, p. 259.

BIBLIOGRAPHIE

I OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS :

D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 1ère éd. 2014.

G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, Droit fondamental, PUF., 1995.

J.-B. AUBY, J.-M. AUBY, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2012.

G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du Travail*. Précis Dalloz, 28^{ème} éd.

J.-L. BELLANDE, J. BIGOT, S. CABRILLAC, B. JADOUD, J. MOREAU et G. PARLEANI, *Traité de droit des assurances*, tome 1, *Entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2011

A. BENABENT, * *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013
* *Droit des obligations*, 14^{ème} éd., LGDJ, 2014.

J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012.

J. BIGOT et D. LANGÉ, *Traité de droit des assurances*, tome 2, *L'intermédiation d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2009

J. BIGOT, V. HEUZÉ, J. KULLMAN et L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, tome 3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014

J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Traité du droit des assurances*, tome 4, *Les assurances de personnes*, LGDJ 2007

R. BLANPAIN et J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail communautaire*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998

E. BLARY-CLEMENT F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit commercial*, Montchrestien, 10e éd., 2010.

B. BOSSU, F. DUMONT, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail – Introduction, relations individuelles, relations collectives, réglementation*, Montchrestien, 2011.

G. BRIENS, F. DUPRAT-CERRI et P. BERQUIN, *L'épargne retraite des salariés*, éd. L'argus de l'assurance, Coll. Plus, 2005

A. BRUN, H. GALLAND et J. LAROQUE, *Droit du travail, tome 1, Les rapports individuels de travail*, Sirey, 1^{re} éd. 1968

A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail, tome 2, Les rapports collectifs de travail*, Sirey, 1^{re} éd. 1968

R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2014

G.-H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, le contrat de travail*, Dalloz, 2^{ème} éd. 1982.

J. CARBONNIER, **Droit civil, Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, tome 1, Quadriga manuels, PUF, 2004.

**Droit civil, Introduction – Les biens – Les obligations*, tome 2, Quadriga manuels, PUF, 2004.

**Sociologie juridique*, PUF, 2^{ème} éd. 2004.

A.CASTALDO et Y. MAUSEN, *Introduction historique au droit*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd. 2013.

R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Folio - Essais 1999.

N. CATALA, *L'entreprise, Traité de droit du travail*, Dalloz, tome 10, 1980.

F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2000.

M. CHADEFAUX, *Les fusions de société – Régime juridique et fiscal*, Revue fiduciaire, 7^{ème} éd., 2012.

R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Coll. Précis Domat, 15^{ème} éd. 2001

J.-P. CHAUCHARD, J.-Y. KERBOURC'H et C. WILLMANN, *Droit de la sécurité sociale*, 6^e édition, LGDJ, 2013

J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAU, *L'Union européenne*, coll. Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2014.

A. COEURET, B. GAURIAU et M. MINE, *Droit du travail*, Sirey, 3^{ème} éd., 2013

A. COEURET, M.-A. SOURIAU et J.-M. VERDIER, ** Droit du travail*, vol. 1, *Rapports collectifs*, Mémentos Dalloz, 16^{ème} éd. 2011

** Droit du travail*, vol.2, *Rapports individuels*, Mémentos Dalloz, 16^{ème} éd. 2011

M. COHEN et L. MILLET, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2013

P. CONTE et J. LARGUIER, *Droit pénal général*, Mémentos Dalloz, 22^{ème} éd., 2014.

G. CORNU, Ass. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., 2014

G. COURTIEU, *Le droit du contrat d'assurance*, LGDJ 1998

G. COUTURIER, * *Droit du travail – 1) Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd. mise à jour, 1996

* *Droit du travail – 2) Les relations collectives du travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001.

M. COZIAN, A. VIANDER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 2013

H. CROZE, *Procédure civile*, LexisNexis, 5^{ème} éd. 2014.

M. DEL SOL et S. HENNION - MOREAU, *Droit social européen et international*, PUF, Thémis Droit, 2013

M.DESPAX, * *Droit du travail, Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz 1989, 2^{ème} éd.

* *Le droit du travail*, éd. Que sais-je ?, 1996

F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, éd. Economica, 15^{ème} éd., 2008

P. DIDIER et P. DIDIER, *Droit commercial, t. II, L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, PUF Thémis, 2011.

J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 17^{ème} éd. 2011.

P.DURAND, *Traité de Droit du travail*, t. 1 et 2, Dalloz 1950.

M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Les obligations*, tome 1 (Contrat et engagement unilatéral) et tome 2 (responsabilité civile et quasi-contrats), PUF, coll. Thémis Droit privé, 2^{ème} éd., 2010.

F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014

L. FAVOREU et P. GAIA : **Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 17^{ème} éd., 2014.

**Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2012.

L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2007.

J. FIALAIRE et E. MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ellipses, coll. Universités Droit, 2005.

F. GAUDU et R. VATINET, * *Traité des contrats – Les contrats du travail, sous la dir. de J. Ghestin*, 3^{ème} éd. Paris, 1993.

* *Droit du travail*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2013

J.GHESTIN, *Traité de droit civil*, L.G.D.J. :

* Introduction générale (avec le concours de G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan), 4^{ème} éd., 1994

*La formation du contrat, 3ème éd., 1993

*Les effets du contrat, 3ème éd., 2001 (avec le concours de Ch. Jamin et M. Billiau)

*Introduction à la responsabilité, 3ème éd., 2008 (par G. Viney)

*Les conditions de la responsabilité, 3ème éd., 2006 (par G. Viney et P. Jourdain)

*Les effets de la responsabilité, 3ème éd., 2011 (par G. Viney et P. Jourdain)*Traité de droit civil, t. II, La formation du contrat*, 3ème éd., 1993.

S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHENAIS, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 31^{ème} éd., 2012.

F. HÉAS, *Droit du travail*, Paradigme, 2014

J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 1991.

A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2009.

J.-C. JAVILIER, *Droit du travail*, 6ème éd. L.G.D.J., 1997.

W. JEANDIDIE, *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1991.

M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Entreprise en difficultés*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2007.

H. KENFACK et M. PEDAMON, *Droit commercial – Commerçants et fonds de commerce – concurrence et contrats du commerce*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2011.

J.-P. LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, 2004.

C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations*, tome 3, Le contrat, Economica, 6ème éd., 2007.

P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, coll. Dalloz action, 8ème éd., 2014-2015.

J. LE GOFF,**Droit du travail et société. Les relations individuelles de travail*, Presses universitaires de Rennes, 2001.

**Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, Presses universitaires de Rennes, Coll. L'univers des normes, 2004.

R. LETTERON, *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 9ème éd., 2012.

P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 7^{ème} éd, 2008.

H. GROUTEL, F. LEDUC, P. PIERRE et M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec 2008.

M. LE BILLAN-GUÉNOLÉ, *Droit du travail*, Hachette, 2014

Y. LOUFRANI, * *Droit du travail : Outils et méthodes de management*, tome 1, *Réglementation sociale de l'entreprise, Aspects non négociés*, EMS, coll. Tripalium, 2014

* *Droit du travail : Outils et méthodes de management*, tome 2, *Réglementation sociale de l'entreprise, Aspects négociés : accords, conventions collectives et contrat de travail*, EMS, coll. Tripalium, 2014

G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail*, LGDJ, 1955.

* *Le droit du travail : une technique réversible*, coll. Connaissance du droit, Dalloz 1995

G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, A. SUPLOT, *Droit du travail*, Dalloz, 1998

P. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 4ème éd., 2009.

C. MARRAUD, F. KESSLER et F. GÉA, *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, PUF Strasbourg, 2000,

A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ, 2014

P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales* 9ème éd., Dalloz 2003.

J. MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2007.

P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 6ème éd., 2013

* *Restructurations en droit social*, 3ème éd., LexisNexis, 2013

* *Restructurations et licenciements économiques*, LexisNexis, 2013

N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999.

F.-J. PANSIER, *Droit du travail*, LexisNexis, 2011

J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4ème éd., 2008

J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24ème éd., 2008.

F. PEROCHON, *Entreprises en difficultés*, LGDJ, coll. Manuels, 9ème éd., 2012.

E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, 9ème éd., 2014

M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, tome 4, *Obligations*, 2ème éd., par P. ESMEIN, R. RADOUANT et C. GABOLDE.

X. PRETOT, * *Les grands arrêts de la jurisprudence de la sécurité sociale*, Dalloz 1998.

* *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz-Sirey, 13ème éd. 2011.

C. RADÉ, *Droit du travail*, éd. Montchrestien 2011

J.-E. RAY, *Droit du travail Droit vivant*, 2014/2055, Edition Liaisons, 23ème éd.

G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2ème édition, 1951.

G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial*, t. I, vol. 1, par L. Vogel, LGDJ, 18^{ème} éd., 2001.

**Traité de droit commercial*, t. II, par Ph. Delebecque et M. Germain, LGDJ, 17^{ème} éd., 2004.

J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, P.U.F. 1993, 13^{ème} éd.

J. ROBERT et J. DUFFAR, *Libertés publiques et droits de l'homme*, coll. Précis Domat, Montchrestien, 8^{ème} éd. 2009.

H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd. 1999.

J. SAVATIER, *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, éd. Liaisons, p. 101.

A. SERIAUX, L. SERMET et D. VIRIOT-BARRIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998.

G. SCELLE, *Le droit ouvrier*, A. Colin, 1922

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd. 2000.

F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 2005.

A. SUPIOT, *Les juridictions du travail, Traité de droit du travail*, Dalloz, tome 9, 1987.

F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil, les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013

B. TEYSSIÉ, **Droit du travail*, t., 1, Relations individuelles de travail, Litec 1993.

** Droit du travail européen*, LexisNexis, Litec, 3^{ème} éd., 2006

J.-M. VERDIER, ** Syndicats et droit syndical, Traité de droit du travail*, Dalloz, tome 5, 2^e éd., vol. I (Liberté, structures, action) et vol. II (Le droit syndical dans l'entreprise), 1984.

** Syndicats et droit syndical*, publié ss la direction de G. CAMERLYNCK, Dalloz, 2^{ème} éd , 1987

L. VOGEL, *Traité de droit commercial, Du droit commercial au droit économique*, T. 1, LGDJ, 19^e éd. 2010.

J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 25^{ème} éd., 2014.

II THÈSES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES SPÉCIAUX :

L. AICARDI, *Restructurations d'entreprises et relations collectives de travail*, Thèse, ss la direction de J. PÉLISSIER Toulouse, 2001.

P.-H. ANTONMATEI, A. DERUE., S. FANTONI-QUINTON, D. JOURDAN, M. MORAND, G. VACHET, J. VANTAL, P.-Y. VERKINDT, *Les risques psychosociaux – Identifier, prévenir, traiter*, Éd. Lamy, Coll. Axe Droit, 2010

B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ, coll. Systèmes, 2004.

A. BILHERAN et P. ADAM, *Risques psychosociaux en entreprise – Les solutions psychologiques et juridiques*, Armand Colin, 2011

X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, Thèse, ss la direction de P. FOUCHARD, LGDJ, 1998

A. BOYER, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, Thèse Univ. Aix-Marseille, 2006.

M. COHEN, *Traité du droit des comités d'entreprises et des comités de groupe*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2000.

G. COUTURIER, *Droit du Travail, 1/Les relations individuelles de travail*. Collection Droit Fondamental, 3^{ème} éd. 1996, n° 169 ;

A. CORMIER LE GOFF et E. BÉNARD, *Restructurations et droit du travail*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 2005

P. DELMAS SAINT-HILLAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, Thèse, ss la direction de J. HAUSER, LGDJ, 2000

E.M. MOUHOUD, *Mondialisation et délocalisation des entreprises*, éd. La Découverte, coll. Repères, 2006

L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Thèse, ss la direction de C. THIBIERGE, LGDJ, 2002

F. HÉAS, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, Thèse Paris, LGDJ, 2000.

A. JEAMMAUD, *Le droit du travail confronté à l'économie*, ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005.

E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, Thèse, ss la direction de C. GAVALDA, LGDJ, 1998

T. KIESELBACH, *La santé dans les restructurations : approches innovantes et recommandations de principe*, Direction générale Emploi de la Commission européenne, 2009

P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2010/2011

T. LEMASLE et P.-E. TIXIER, *Des restructurations et des hommes - accompagnement social et gestion du changement*, Dunod, 2000.

L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, L.G.D.J., 2005

Y. L'HORTY (ss la direction de), Centre d'étude de l'emploi : *La qualité de l'emploi*, éd. La Découverte, coll. Repères, 2006

O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Thèse, ss la direction de J. GHESTIN, LGDJ, 1999

P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir; essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse, ss la direction de A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004

A. MARTINON, * *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, éd. Dalloz, 2005

* *Juge judiciaire et la constitution*, éd. Dalloz, 2012

* *Le licenciement pour motif économique : quelles dynamiques ?*, éd. LexisNexis, 2012

C. MASQUEFA-NEAU-LEDUC, *La restructuration*, Thèse, ss la direction de B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2000.

M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Thèse, ss la direction de P. LE CANNU, LGDJ, 1997

N. MEYER : *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, Thèse, ss la direction de J. PELISSIER, LGDJ, 2006

S. MICHAS BEGUERIE, *Régimes privés des retraites. Perspectives comparative et européenne*, Thèse, ss la direction de A. LYON-CAEN, LGDJ, 1998

N. MOLFESSIS, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse, ss la direction de M. GOBERT, 1997

P. MORVAN, *Le rôle des représentants du personnel dans les restructurations d'entreprises de dimension communautaire*, in *Le salarié, L'entreprise, Le juge et L'emploi : Plans sociaux, Reclassements, Réembauchages, Accords de garantie de l'emploi*, ss la direction de J.-Y. KERBOUC'H et C. WILLMANN, avec R. BEAUJOLIN-BELLET et D. MÉDA, La Documentation Française, 2001

H. OUAISSI, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés*, thèse sous la direction de B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2006.

L. PERRIN, *Les accords de méthode*, mémoire de DEA, ss. la direction de C. RADÉ, Université Bordeaux IV Montesquieu, 2004.

C. RADÉ, * *Droit du travail et responsabilité civile*, Thèse, ss la direction de. J. HAUSER, LGDJ, 1997

* *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise : tous égaux, tous différents*, éd. Liaisons, 2011

* *Droit du travail*, éd. Montchrestien, 2011

* *Code du travail*, éd. Dalloz, 2014

C. RADÉ et M. GADRAT, *Méga code du travail*, éd. Dalloz, 2013

A. RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, Thèse, ss la direction de C. CHAMPAUD, LGDJ, 2006

C. SACHS-DURAND, *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Univ. de Strasbourg, 2004.

C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat droit privé : Montchrestien, 8^{ème} éd. 2013

B. SILHOL, *Le chômage partiel*, Thèse, ss la direction de A. COEURET, LGDJ, 1998

A. SUPIOT, *Critiques du droit du travail*, Essai, PUF, Quadrige, 2002

III ARTICLES, NOTES ET CHRONIQUES :

M. ABRAHAM et E. PASCAL, « **La société européenne : le régime juridique fixé par les textes communautaires** », LPA, 27 mai 2004, n° 106.

B. ACAR, « **Le partage du travail : de la réduction de la durée du travail à l'émergence d'un droit des repos** », numéro spécial « **Plans sociaux** », Dr. soc. 1994.

P. ADAM, « **La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français** », Dr. ouv. 2008, p 313

J.-K. ADOM, « **Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise** », Bull. Joly soc. 2003.

J. AFFICHARD, A. LYON-CAEN et S. VERNAC, « **De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail** », RDT, 2009, p 631

J.-F. AKANDJI-KOMBE, « **Clause de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de la négociation collective et liberté économique – Entre droits communautaire et européen et droit constitutionnel** », Dr. soc. 2013, p. 880

F. AKNIN, * « **Le licenciement collectif pour motif économique réformé par la loi du 14 juin 2013**

* Un espace-temps strictement encadré, un pouvoir administratif renforcé », Gaz. Pal. 2013, n° 295, p. 13.

E. ALFANDARI, « **Le droit au sein des rapports entre l' « économique » et le « social » », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, PUF, 1992.**

V. ALLEGAERT, « **Le droit des salariés et le droit européen des procédures d'insolvabilité** », JCP S., 9 mai 2007.

M.-C. AMAUGER-LATTES, « **Les deux visages de l'obligation patronale d'adaptation du salarié** », SSL Suppl., 3 mars 2008, n° 1343.

P.-H. ANTONMATTEI, * « **Le statut collectif des salariés : Jurisprudence récente** », Dr. soc. 1997.

* « **La convention de conversion** », Gaz. Pal., 6 fév. 1997.

* « **La saga de la directive n°77/187 du 14 fév. 1977 : suite... sans fin !** », Dr. soc. 1996.

* « **La nullité du licenciement économique consécutive à la nullité du plan social** », RJS 3/97.

* « **Les alternatives aux licenciements** », in *Les licenciements pour motif économique, Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Litec, coll. Droit, tome IX.

* « **Le comité d'entreprise et les négociations collectives « le courant passe »** », RJS, 8-9/1998.

* « **Plan social : il y a urgence à réformer** », Dr. soc. 2000, n°6.

- * « Externalisations et applications de l'article L. 122-12 du code du travail : le clash ! », SSL 2000, n° 996.
- * « Le motif économique de licenciement : les limites du contrôle judiciaire », RJS 200195.
- * « Externalisations et article L. 122-12 alinéa 2 du code du travail : suite d'une nouvelle saga », Dr. soc. 2001.
- * « La saga de l'article L. 122-12 alinéa 2, du code du travail le nouvel épisode du transfert partiel du contrat », SSL 3 sept. 2001, n° 1040.
- * « L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique : nouvelles dispositions », Dr. soc. 2002.
- * « L'administration du travail et le plan de sauvegarde de l'emploi », Gaz. Pal., 21 Sept. 2002, n° 264.
- * « Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né », Dr. soc. 2003.
- * « Accord de méthode, génération 2005 : « la positive attitude » », Dr. soc. 2005.
- * « Négocier les restructurations après la loi du 18 janv. 2005 », Dr. soc. 2006.
- * « GPEC et licenciement pour motif économique : le temps des confusions judiciaires », Dr. soc. 2007.
- * « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : un défi social, économique et juridique. Introduction. », Numéro spécial « GPEC », Dr. soc. 2007.
- * « L'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement : censure partielle du Conseil constitutionnel », Dr. soc. 2014, p. 574

P.-H. ANTONMATTEI et S. DESTOURS, « Conventions collectives et droit de la concurrence : nouvelle rencontre », Dr. soc. 2003.

R. ARDENTI et P. VRAIN, « Licenciements économiques, plans sociaux et politiques de gestion de la main-d'œuvre des entreprises », Travail et Emploi n° 50, p. 15.

A. ARSEGUEL, M.-C. AMAUGER-LATTES, « L'expert-comptable du comité d'entreprise. Obligations et moyens. », Bull. Joly soc. 1995, n° 5.

A. ARSEGUEL et P. FADEUILHE, « Quelles sont les contraintes d'établissement d'un plan social dans le cadre d'un groupe de sociétés », Bull. Joly soc. 1995, n° 10.

D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Droit à l'emploi et à la dignité » in « Éthique, droit et dignité de la personne », Mélanges C.BOLZE, éd. Economica, 1999, p123

J.-P. AUBERT et R. BEAUJOLIN-BELLET, « Les acteurs de l'entreprise face aux restructurations : une délicate mutation », *Travail et Emploi*, n° 100.

T. AUBERT-MONPEYSEN et M. BLATMAN, « Les risques psychosociaux au travail et la jurisprudence française : la culture de la prévention », *Dr. soc.* 2012, p 832

F. AUBONNET et C. WILLMANN, « Simplification du recours au chômage partiel : l'aide aux salariés placés en activité partielle », JCP S 2013, 1286 ;

Y. AUBREE, « Transferts d'entreprise (aspects collectifs) », Rep. trav. Dalloz

G. AUZERO, * « Loi n° 2001-152 du 19 fév. sur l'épargne salariale. Présentation générale. », Bull. Joly soc. 2001, n° 4.

* « Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi n° 2003-6 du 3 janv. 2003 », Bull. Joly Soc. 2003.

* « La force juridique des préambules des conventions et accords collectifs de travail », TPS, mars 2004.

* « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel. », Bull. Joly soc. 2006, n° 7.

* « Actions de préférence et actionnariat salarié », Bull. Joly soc. 2006.

* « Développement de la participation et de l'actionnariat salarié » Bull. Joly soc. 2007.

- * « Les dispositions légales et réglementaires relatives à la participation obligatoire sont d'ordre public absolu », Lexbase hebdo, n°263, 7 juin 2007, N3658BB4.
- * « L'accord du 23 janv. 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une « flexisécurité à la française » », RDT 2008.
- * « Les co-employeurs », in *Les concepts émergents en Droit des affaires*, ss. la dir. de E. LE DOLLEY, LGDJ 2010, p. 43
- * « De la validité du plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises à structures complexes », Lexbase hebdo, éd. soc., N° LXB 7022BPR
- * « Les conditions d'un plan de sauvegarde de l'emploi peuvent s'apprécier au niveau d'une UES », Bull. Joly Sociétés 2011, n° 9, p. 735
- * « Représentativité syndicale dans l'entreprise : la consécration de la règle du cycle électoral », Lexbase hebdo éd. soc. 2013, n° 518, N° LXB : N5967BT8
- * « Les effets avérés et à venir du coemploi », JCP S 2013, 1440
- * « Transfert du contrat de travail apparent de l'associé d'une SARL », Lexbase éd. Soc. 2014, n° 570 du 15 mai 2014, N° LXB : N2162BUM ;

M. BADEL, « Souffrance au travail et risque professionnel – La difficile appropriation du mal-être salarié par le droit de la sécurité sociale », *RDSS* 2006, n° 5

- P. BAILLY**, * « Le contrat de travail et le transfert de l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.* 21 sept. 2002, n° 264.
- * « Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise ? », *Dr. soc.* 2003.
 - * « Le flou de l'article L 122-12, alinéa 2 du code du travail », *Dr. soc.* 2004.
 - * « Quand la réintégration est matériellement impossible », *SSL* 2005, n° 1221.
 - * « La sanction de l'insuffisance d'un PSE dans une procédure collective », *SSL*, 6 fév. 2006, n° 1247.
 - * « La rupture négociée du contrat pour motif économique », *SSL*, 24 avr. 2006, n° 1258.
 - * « Actualité des licenciements économiques », 17 juill. 2006, n° 1270.
 - * « L'actualité de l'article L. 122-12 », *SSL*, 15 janv. 2007, n° 1290.
 - * « A propos de deux applications controversées de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail », *RJS* 2/07.
 - * « Autour de l'action commune des employeurs successifs en vue de faire échec au transfert légal des contrats de travail », *Dr. soc.* 2007.
 - * « A propos du licenciement des salariés protégés dans le cadre d'une procédure collective », *Dr. soc.* 2007.
 - * « La contractualisation des plan de sauvegarde de l'emploi », *Gaz. Pal.* 2007, n° 226.
 - * « L'engagement de maintenir les avantages collectifs et le principe de l'égalité de traitement », *SSL*, 2 juill. 2007, n° 1314.
 - * « La contractualisation des plans de sauvegarde de l'emploi », Numéro spécial « Le droit conventionnel du licenciement économique » (1^{ère} partie), ss. la direction de B. BOUBLI, *Gaz. Pal.* du 14 août 2007.
 - * « L'actualité jurisprudentielle des restructurations », *SSL*, suppl. du 3 mars 2008, n° 1343.
 - * « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2008, n° 313.
 - * « Actualité jurisprudentielle du licenciement économique », *SSL* 3 fév. 2009, n° 1385.
 - * « PSE, discrimination et égalité de traitement », *SSL* 1^{er} juin 2009, n° 1402.
 - * « Actualité des licenciements économiques » : *SSL* 2011 n°1504.
 - * « Les critiques sur le coemploi sont excessives », *SSL* 2012, n° 1557, p. 3.

D. BALMARY, * « Plans sociaux et administration du travail : convaincre ou contraindre ? », Numéro spécial « Plans sociaux », *Dr. soc.* 1994, n° 5.

- * « Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ? », *Dr. soc.* 1998.
- * « Le licenciement économique : du contrôle à la négociation ? », *Dr. soc.* 2004, n° 3.

P. BARA, « L'obligation de reclassement en matière de licenciement économique : une obligation de « résultat » atténuée », JS Lamy n° 162, 22 fév. 2005.

J.-F. BARBIERI, « Associés et obligataires d'une société faillie », LPA, 1992, n° 61.

A. BAREGE et B. BOSSU, « La recodification des dispositions relatives au licenciement pour motif économique », JCP éd. S, 2008, n° 18-19-20.

P. BARON et X. PIGNAUD, « Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité, JCP S 2013, 1269.

J. BARROT, « Allocution d'ouverture », in *Les licenciements pour motif économique, Actes du XIII^{ème} colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Litec, coll. Droit, tome IX.

J. BARTHELEMY, * « L'évolution du système de protection sociale complémentaire de l'entreprise », Dr. soc. 1986,

« La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », JCP E, 1987.

* « Restructurations et protection sociale complémentaire », Dr. soc. 1989.

* « Droits collectifs des salariés et nouveau droit de la prévoyance », Dr. soc. 1990.

* « Opinions à propos des licenciements pour motif économique », Gaz. Pal., 6 fév. 1997.

* « Les spécificités de l'élargissement des accords collectifs de retraite et de prévoyance », Dr. soc. 1997.

* « La restructuration des régimes de retraite », JCP E, 8 oct. 1998.

* « Société par actions simplifiée et Droit social », Dr. soc. 2000.

* « Epargne-retraite ou épargne et retraite », Dr. soc. 2002.

* « L'amendement Michelin revisité par la modernisation sociale », Gaz. Pal. 2002, n° 264.

* « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », Dr. soc. 2003.

* « Les retraites », Dr. soc. 2003.

* « La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un Droit social plus contractuel », SSL, 19 janv. 2004, n° 1152.

* « L'ingénierie juridique : concept ; le juriste organisateur : son prêtre », LPA 2005, n° 3.

* « La portabilité des garanties collectives de prévoyance », Dr. soc. 2008.

* « Clauses de désignation et de migration au regard du droit communautaire », JSL 24 mars 2011, n° 296.

* « Clauses de désignation et droit de la concurrence », Dr. soc. 2011. 853 ;

* « Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire », Gaz. Pal. 2013, n° 234

* « Les fondamentaux du droit de la « PSC », Dr. so. 2013, p. 873

M. BARTOLI, F. RICHTER, et C.-E. TRIOMPHE, « Restructurations et transformation du travail » synthèse finale, *Université Européenne du travail*, oct. 2000.

M. BATTUT, P. NONAT et P. DUCHAMP : « Le rôle de l'expertise dans la transformation de la demande et du jeu des acteurs », in *Restructurations en Europe*, SSL, suppl. du 24 nov. 2008, n° 1376. p 83

M. BATTUT et P. DUCHAMP, « Conditions pour l'anticipation des changements dans l'entreprise », in *Restructurations en Europe*, SSL, suppl. du 24 nov. 2008, n° 1376 p 69

D. BAUGARD, * « L'obligation d'information liée au transfert d'entreprise – quand une directive non transposée s'en mêle », SSL 2010, n° 1430, p. 12 ; RJS 2010, p. 91,

* « L'indemnisation de l'activité partielle après la loi du 14 juin 2013 et le décret du 26 juin 2013 », Dr. soc. 2013, p. 798.

* « Le droit à l'emploi », Dr. soc. 2014, p. 332.

D. BAUGARD et R. BEN HAMZA, « Premier regard sur le projet du Medef sur la sécurisation de l'emploi », SSL 2012, 1562

C. BAUMGARTEN, * « Les garanties de procédure issues de la loi *Borloo* : ordre du jour du comité d'entreprise et délais de recours contentieux », Dr. ouvrier 2005.

* « Les accords de méthode », *in* « L'information et la consultation du comité d'entreprise lors des restructurations d'entreprises », suppl. SSL n° 1380, du 22 déc. 2008.

M. BAYLE, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », LPA 28 oct. 2008, n° 213.

M. BAZEX et S. BLAZY, « Le Fonds d'ajustement à la mondialisation : un nouvel exemple de l'interventionnisme de l'Union européenne en matière économique et sociale », Dr. adm. mai 2007, n° 5, comm. 80.

S. BEAL, * « Sociétés en difficulté et loi de modernisation sociale », JCP E. 2002.

* « Licenciement économique et reclassement : formalisme quand tu nous tiens ! », SSL, 13 nov. 2006, n° 1282.

* « Stock-options, actions gratuites et rupture du contrat de travail », JCP S, 20 fév. 2007.

* « La résiliation amiable pour motif économique », JCP S, 14 avr. 2009, n° 16-17.

S. BEAL et A.-L. DODET, « Licenciement économique : reclassement et obligation d'adaptation », JCP E 2008, n° 35, 2032.

S. BEAL et M.-N. ROUSPIDE, « Nullité du plan social et réintégration matériellement impossible », JCP 2005 n° 40, 1462

S. BEAL et M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi », JCP S, 9 janv. 2007.

S. BEAL et C. TERRENOIRE, « Information et consultation du comité d'entreprise européen », JCP S 2008.

M. BEAUBRUN, « La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif » RJ com. 1980, p. 41

V. de BEAUFORT, « Etude de la proposition des offres publiques d'acquisition : application des règles de gouvernance d'entreprise et préservation des modèles alternatifs de gouvernance », Bull. Joly Bourse 2003, n° 3.

R. BEAUJOLIN-BELLET, C. CORNOLTI, A. KUHN et Y. MOULIN, « L'anticipation partagée des restructurations à l'épreuve des faits », Travail et Emploi n° 109, janv.-mars 2007.

S. BECHAUX, « Les obstacles au licenciement jouent-ils contre l'emploi ? », Liaisons soc. Magazine, sept. 2005.

* « La revitalisation des territoires : les boîtes se bornent à payer », Liaisons soc. mag. juin 2011, p. 34.

M. BEHAR-TOUCHAIS, « Synthèse », LPA 2007, n° 68.

B. BEIGNIER, « *Legislator Juris dictio* », éd. LexisNexis, Droit de la famille, 2011, n°3

G. BELIER, * « Restructurations et statut collectif : aspects pratiques », *Dr. soc.* 1989.

* « Le contexte économique et la gestion des restructurations » *Dr. ouvrier* 2002.

* « La délocalisation est une forme de restructuration », *SSL* 3 déc. 2004, n° 1194.

* « La revitalisation des bassins d'emploi ou « réindustrialisation » », *SSL*, suppl. 26 déc. 2005, n° 1242.

* « Restructurations en Europe », *Dr. soc.* 2006.

* « Des liens limités entre GPEC et licenciement pour motif économique (PSE) », *RDT* 2007.

G. BELIER et E. BLEDNIAK, « Débat sur le comité d'entreprise européen » *SSL* n° 1150, p. 6

G. BELIER, C. CATHIARD et J. SIBILLE, « La Société européenne : après une longue gestation législative, son statut est enfin intégré dans le droit français ! », *LPA*, 3 août 2005, n° 153.

G. BELIER et A. CORMIER, « Stock options et droit du travail », *Dr. soc.* 2000.

G. BELIER et S. GUEDES da COSTA, « GPEC/PSE : deux dispositifs autonomes », *SSL*, 22 janv. 2007, n° 1291.

G. BELIER et H.-J. LEGRAND, « Le livre III du Code du Travail : loi spéciale ou loi résiduelle ? (à propos de l'arrêt *Sietam*) », *Dr. soc.* 1996.

J.-M. BERAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in « *Analyse juridique et valeurs en droit social* », Mélanges en l'honneur de J.PELISSIER, éd. Dalloz, 2004, p55

G. BESSE, « A qui profite la RSE ? », *Dr. soc.* 2005.

C. BESSY, « La sélection des salariés licenciés : économie d'une réglementation », *Travail et Emploi* n° 58.

M.-F. BIED-CHARRETON, « Quand le plan social devient « l'accompagnement » d'une violation par l'employeur d'un engagement de limiter le nombre des licenciements économiques », *Dr. ouv.* 2005.

H. BLAISE, * « Continuité de l'entreprise : Flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L 122-12, alinéa 2, du Code du travail », *Dr. soc.* 1984.

* « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté », *Dr. soc.* 1985.

* « L'article L.122-12 dans la tourmente », *Dr. soc.* 1986.

G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 68.

V. BOCCARA, * « Le licenciement économique : l'horizon se dégagerait-il ? », *LPA* 2005, n° 59.

* « Rapport sur la société européenne. Entretien avec Noëlle LENOIR », *LPA*, 30 mars 2007, n° 65.

M. BOIXADER et F. VINCENS, « De la nécessité de préciser la loi Evin ? », *JCP S* 2008, 1282.

O. BONIOLY, * « Le rôle de l'autorité administrative », in *La réforme du licenciement pour motif économique*, *SSL*, 23 juill. 2001, n° 1038.

T. BONNEAU, « L'acquisition de la qualité d'actionnaire par le salarié dans le plan épargne entreprise », Bull. Joly soc. Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », Actes du colloque de la faculté de droit de Caen, 20 nov. 2004.

M. BONNECHERE, * « Licenciement économique : la procédure garantie fondamentale des droits des salariés », Dr. ouvrier 2004.

* « Licenciements économiques : la procédure, garantie fondamentale des droits des salariés », à propos des arrêts Alcatel Câble France de la Cour d'appel de Versailles 6ème chambre 9 novembre 2004 et du projet de loi de cohésion sociale, Dr. ouvrier, 1^{er} nov. 2004.

G. BONI, « Regards extérieurs et comparés sur les accords collectifs conclus lors des restructurations », SSL, suppl. du 24 nov. 2008, p 47.

J.-M. BONVIN, « La responsabilité sociale des entreprises à l'aune des restructurations : une étude de cas dans l'industrie des machines suisse », Travail et Emploi n° 109, janv.-mars 2007.

G. BORDIER,* « Intéressement », J.-Cl. Travail, Fasc. 27-15.

* « Participation aux résultats », J.-Cl. Travail, Fasc. n° 27-20.

* « Plans d'épargne salariale », J.-Cl. Travail, Fasc. n° 27-22.

G. BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence ? », Dr. soc. 1996.

B. BOSSU, « La sanction d'un plan social non conforme aux dispositions légales », Dr. soc. 1996.

G. BOSSY et P. DELMAS, « Restructurations, réorganisations et santé au travail », *Les Cahiers du DRH* décembre 2012, n° 193, p. 30

B. BOUBLI, * « Réflexions sur l'obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique », RJS 3/96.

* « Judicialisation de l'économie ou retour au contrôle administratif ? Le licenciement économique 10 ans après la suppression de l'autorisation administrative », Gaz. Pal., 6 fév. 1997.

* « A propos des experts du comité d'entreprise », in *Les licenciements pour motif économique*, Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997, Litec, coll. Droit, tome IX.

* « L'omniprésence du juge des référés dans le contentieux du licenciement pour motif économique », SSL 19 janv. 1998, n° 870.

* « Externalisation et L. 122-12 ou les affaires Perrier », SSL 2000, n° 992, p. 5.

* « Sur l'étrange intérêt de la loi de modernisation sociale pour la jurisprudence : licenciement injustifié et licenciement non valide », Gaz. Pal. 2002, n° 264.

* « Mystères et misères de l'article L. 122-12 », TPS 3/2003

* « La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise », Dr. soc. 2004.

* « Sécurisation des parcours professionnels et mobilité du salarié », LPA 2007, n°29.

* « Le licenciement économique, matière disponible ? Vers un nouveau droit normatif de la discipline. », Gaz. Pal. 2007, n° 226.

* « Négociation obligatoire et négociation obligée dans le droit du licenciement économique. », Gaz. Pal. 2007, n° 275.

* « La sécurité professionnelle du salarié », SSL, suppl. 24 nov. 2008, n°1348, p 15

* « Quel contrôle judiciaire de la compétitivité de l'entreprise ? », RDT 2008.

* « Adieu l'UES », Dr. soc. 2009.

B. BOUDIAS, « Modifications des contrats de travail et plan de sauvegarde de l'emploi : changement de cap (loi de cohésion sociale du 18 janv. 2005) », D. 2005, n° 19.

L. et P. BOUDIAS, * « Les retraites chapeau ou les limites d'une certaine forme d'ingénierie juridique », SSL, 9 oct. 2000, n° 998.

* « La thèse des droits acquis est-elle remise en cause ? », SSL, 13 avr. 2004, n° 1164.

D. BOULMIER, * « Existe-t-il un lien entre la priorité de réembauchage et l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », JCP S 1997, 1036.

* « Destruction des emplois : une nécessaire responsabilisation des groupes par une substitution du groupe réel au groupe virtuel. », Dr. soc. 1998.

* « A propos du caractère de rémunération collective de l'intéressement des salariés », D. 2002.

P. BOUTEILLER, « Les obligations nées des dispositions de la loi n° 2001-152 du 19 fév. 2001, et relatives aux augmentations de capital réservées aux salariés », JCP E 2002.

A. BOYER et S. VACAVANT, « Droit d'opposition du salarié licencié et cession d'une unité de production : un possible remède à l'intransigeance de l'article L. 122-12 al. 2 du code du travail », Gaz. Pal. 2004, n° 45.

T. BRAUN, « Régimes complémentaires et régimes légaux », Dr. soc. 1962.

A. BRICE, « Retour sur l'articulation entre l'accord collectif, le plan de sauvegarde de l'emploi et la transaction individuelle », RJS 1/08.

G. BRIENS, * « La mutualisation professionnelle des risques. A propos de l'article 1^{er} de l'ANI du 11 janvier 2013 », SSL 2013, n° 1580

* « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire », Dr. soc. 2013, p. 895.

S. BRISSY, « Le CHSCT, 30 ans après », SSL Suppl., 8 déc 2014, n°1655, p 45

E. BROCARD, « Plan social et redressement judiciaire », LPA 1998, n° 85.

J. BROUILLET, « Actionnariat des salariés ou épargne salariale ? Management d'une mode ou mode de management ? », in « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. SSL 14 mai 2001, n° 1028.

A. BRUDER, « L'actionnariat salarié : vers une accession illusoire des salariés au pouvoir ? », LPA, 19 juill. 2006, n° 143.

F. BRUGGEMAN, * « Restructurations et licenciements », Dr. soc. 2004.

* « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : danger ou opportunité ? », Dr. ouvrier 2007.

F. BRUGGEMAN, D. PAUCARD et P.-Y. VERKINDT, « Restructurations et expertises », Dr. soc. 2006.

A. BRUN, « Le lien d'entreprise », JCP 1962, 1719.

B. BRUNHES, * « Réflexions sur la gouvernance », Dr. soc. 2001.

* « Le droit du licenciement collectif : les humeurs d'un praticien » Dr. soc. 2003.

M. CABRILLAC et P. PETEL, * « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises », Chronique, JCP E 1998.

P. CAHUC et F. KRAMARZ, « Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une Sécurité sociale professionnelle », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005.

C. CALOMILI et C. GATTO, « Les licenciements économiques dans les plans de cession », *LPA*, 28 nov. 2008, n° 239, p. 8.

G.-H. CAMERILYNCK, « Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? », *D.* 1978, chron., p. 269.

F. CANUT, « La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi », *JCP S* 2005, 1411.

G. CARCASSONNE, « Modernisation sociale et régression politique », *Dr. soc.* 2002, p. 254.

L. CASAUX-LABRUNÉE, « La sécurisation d'une transition risquée : du statut de salarié à celui de repreneur », *SSL*, suppl. 7 av. 2008, n° 1348, p. 55

C. CATHIARD, * « La société européenne (SE ou *Societas Europaea*) en droit français », *JCP E* 2006, n° 30, p. 1323.

* « Le « volet social » de la *societas europaea* est enfin précisé », *LPA*, 1^{er} déc. 2006, n° 240, p. 7.

* « Les nouveaux atouts de la société européenne », *Bull. Joly soc.* 2007, n° 5, p. 539.

C. CATHIARD et D. DUMARCHE, « La société européenne : l'enjeu pour la France ou l'urgence de légiférer », *LPA*, 27 mai 2004, n° 106, p. 17

M. CAUSSANEL-HAJI et M.-P. PIOT, « L'opportunité des nouvelles prérogatives accordées au comité d'entreprise dans le cadre des restructurations », *JS Lamy* 2006, n° 186, p. 4.

A. CERATI-GAUTHIER, « Consultation du CE et restructuration : l'abandon du critère quantitatif », *LPA*, 7 sept. 2004, n° 179, p. 10.

J.-F. CESARO, * « La notion de transfert d'entreprise » *Dr. soc.* 2005, p. 718.

* « Protection sociale d'entreprise et assurance », *Dr. soc.* 2006, p. 165

* « Les accords de transfert de salarié », *Gaz. Pal.* 2007, n° 275, p. 14.

* « « La flexisécurité » sociale complémentaire », *SSL*, suppl. 7 av. 2008, n° 1348, p. 73

* « Le coemploi », *RJS* 2013, p. 3

* « Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique », *JCP S* 2013, 1081

* « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », *JCP S* 2013, 1204.

C. CHABTINI, « Réflexions sur la société européenne : propositions d'amélioration et évolution de son statut », *LPA*, 14 nov. 2007, n° 228, p. 4.

Y. CHAGNY, * « Le sort des contrats de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur défaillant », *Gaz. Pal.*, 23 nov. 2000, n° 328, p. 20.

* « Quelques aspects de la garantie de créances résultant du licenciement pour motif économique par l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, 21 sept. 2002, n° 264, p. 56.

* « De quelques immixtions de l'Economie dans le Droit du travail », *CSBP*, 1^{er} juill. 2004, n° 4, p. 24.

* « La jurisprudence Framatome et Majorette : les derniers feux ? » *Dr. soc.* 2005, p. 556.

* « La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services », *RDT* 2007, p. 78.

* « La sagesse de la Cour de cassation », in *Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ?*, *RDT* 2007, p. 216.

* « Une négociation pour les restructurations : la GPEC », *Dr. soc.* 2008, p. 72.

* « Observations sur un thème discret : le licenciement pour motif économique dans la procédure de sauvegarde », *Dr. soc.* 2008, p. 238.

Y. CHALARON, « Groupe de sociétés », J.-Cl. Travail, fasc. 16-20,

V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », RDT 2007, p. 19.

F. CHAMPEAUX, * « Le comité d'entreprise et les assemblées d'actionnaires », SSL, 10 Juin 2002, n° 1079, p. 2.

* « Le rapport de Virville en débat », SSL, 26 janv. 2004, n° 1153, p. 2.

* « Modification du contrat – Echec à L. 122-12 », SSL, 13 avr. 2004, n° 1164, p. 11.

* « Plan social : les sanctions de l'irrégularité de la procédure », SSL, 2004, n° 1165, p. 12.

* « La réorganisation en vue de la sauvegarde de la compétitivité », SSL, 3 mai 2004, n° 1167.

* « Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences », SSL, 3 mai 2004, n° 1165, p. 2.

* « Plan de sauvegarde de l'emploi : l'étendue du contrôle du juge », SSL, 28 juin 2004, n° 1175, p. 12.

* « Comment agir face aux délocalisations ? », SSL, 27 sept. 2004, n° 1183, p. 12.

* « Le prochain visage du licenciement économique », SSL, 18 oct. 2004, n° 1186, p. 2.

* « Le licenciement économique encore modifié », SSL, 18 oct. 2004, n° 1187, p. 4.

* « Accords de méthode : premier bilan », SSL, 29 nov. 2004, n° 1192, p. 3.

* « Le volet licenciement économique », SSL, 17 janv. 2005, n° 1198, p. 2.

* « Framatome et Majorette : la jurisprudence est maintenue », SSL, 7 mars 2005, n° 1205, p. 11.

* « La C.R.P. en pratique », SSL, 4 juill. 2005, n° 1222, p. 5.

* « Le CE peut contester l'application de l'article L. 122-12 », SSL, 19 déc. 2005, n° 1241, p. 12.

* « La sauvegarde de la compétitivité en débat », SSL, 16 janv. 2006, n° 1244, p. 5.

* « Le périmètre de la réintégration n'est pas étendu au groupe », SSL, 27 fév. 2006, n° 1250, p. 12.

* « Où en est-on après les arrêts P.s Jaunes ? », SSL, 12 juin 2006, n° 1265, p. 10.

* « L'offre de reclassement doit être écrite », SSL, 2 oct. 2006, n° 1276, p. 11.

* « Articulation GPEC/ plan de sauvegarde de l'emploi : où en est-on ? », SSL, 9 oct. 2006, n° 1277, p. 8.

* « Négocier l'implication des salariés dans la SE », SSL, 20 nov. 2006, n° 1283, p. 2.

* « La fusion GDF/Suez ou quand le comité d'entreprise européen s'en mêle », SSL, 4 déc. 2006, n° 1285, p. 6.

* « L'impact de la GPEC sur le motif économique et le PSE », SSL, 11 déc. 2006, n° 1286, p. 12.

* « GPEC/PSE : une liaison dangereuse ? », SSL, 29 janv. 2007, n° 1292, p. 2.

* « Précisions sur la sanction des irrégularités de procédure », SSL, 22 janv. 2007, n° 1291, p. 12.

* « Les dispenses d'activité constituent une mesure de reclassement » SSL, 5 mars 2007, n° 1297, p. 12.

* « L'argumentaire tout en nuances de la Cour d'appel de Paris sur la GPEC et le PSE », SSL, 19 mars 2007, n° 1299, p. 12.

* « Un quizz au secours de la stratégie », SSL, 26 nov. 2007, n° 1330, p. 12.

* « Les péripéties judiciaires de la fusion GDF/Suez », SSL, 28 janv. 2008, n° 1338, p. 11.

* « Le reclassement : le statu quo », SSL, 25 fév. 2008, n° 1342, p. 12.

* « L'adhésion à une CRP ne prive pas le salarié de contester le motif économique », SSL, 17 mars 2008, n° 1345, p. 2.

* « Du motif économique à la rupture amiable... », SSL 12 janv. 2009, n° 1382, p. 12.

* « L'accord de méthode n'absorbe pas le PSE », SSL, 9 fév. 2009, n° 1386, p. 11.

* « L'étendue du secteur d'activité et du reclassement », SSL 16 mars 2009, n° 1391, p. 11.

* « Le volontariat chasse-t-il le reclassement ? », SSL 6 juil. 2009, n° 1407, p. 5

* « Une réorganisation peut être pathogène », SSL 24 décembre 2012, n° 1565, p. 8

C. CHARBONNEAU, * « Obligation de reclassement et nullité du licenciement économique », note ss. Cass. soc. 15 fév. 2006, n° 04-43.282, CSBP 2006, n° 180, p. 215.

* « Nullité du plan social coût du licenciement économique nul », note ss. Cass. soc. 28 nov. 2006, n° 04-48.798, CSBP 2007, n° 188, p. 102.

* « Licenciement économique collectif. Plan de sauvegarde de l'emploi. Sanction. », note ss. Cass. soc. 03 mai 2007, n° 05-45.603, CSBP 2007, n° 192, p. 291.

C. CHARPAIL, « France-Allemagne : l'incomparable chômage partiel », *Revue de l'IRES*, 2013, n° 74, p. 209.

S. CHATELON et F. GRILLIER, « Les conséquences incertaines de la résolution du plan de cession », *Revue des Procédures collectives* 2002, p. 47.

J.-P. CHAUCHARD, * « Négociations collectives et restructurations d'entreprises », *Dr. soc.* 1995, p. 373.

* « La sécurisation des parcours professionnels. La continuité des droits à prestations de sécurité sociale », *SSL*, suppl. 7 avr. 2008, n° 1348, p. 67

J.-P. CHAZAL, * « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *D.* 2014, p. 1101

* « Réponse d'un faux « politiste » à un vrai juriste » *Recueil Dalloz*, 2014, n° 21

J.-Y. CHEROT et M.-A. MOREAU, « Les conventions FNE ss. contrôle communautaire », note ss. CJCE 26 sept. 1996, aff. C-241/94, *RJS* 1/97, p. 3.

M.-H. CHEZLEMAS, « Un changement organisationnel empêche-t-il le maintien de l'identité transférée ? », *SSL* 15 juin 2009, n° 1404, p. 11.

A. CHIREZ, « Propriété de l'emploi, indemnisation et reclassement », *Dr. ouvrier* 2005, p. 335.

R. CHISS, « Seuil de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi (à propos de la pratique des « petits paquets ») », *JCP S* 2005, n° 22, 1348.

J. CHORIN, « Les conséquences pour les personnels d'une fusion-absorption entre une entreprise dotée d'un statut réglementaire du personnel et une entreprise ss. convention collective », *LPA* 2006, n° 21, p. 7.

D. CHOUANIERE, « Prévention des RPS : approche théorique », *SSL* 30 avril 2012, n° 1536, p. 11

F. COCHET, « L'expertise du CHSCT au lendemain de la loi du 14 juin 2013. UN enjeu majeur pour le dialogue social sur les questions du travail », *Dr. soc.* 2013, p. 733.

A. COEURET, * « La représentation du personnel et l'entreprise en difficulté », *Dr. soc.* 1986, p. 651

* « Le comité d'entreprise et la loi de modernisation sociale ; morceaux choisis. », *Gaz. Pal.* 2002, n° 264, p. 36.

M.-J. COFFI DE BOISDEFFRE, « « La jurisprudence et les missions de l'expert-comptable du comité d'entreprise », *LPA* 1999, n° 24, p. 4.

M. COHEN, * « L'incidence des restructurations sur l'existence et le patrimoine des divers comités », *Dr. soc.* 1989, p. 49.

* « Les droits des salariés protégés en cas de changement d'employeur », *Dr. soc.* 1997, p. 283.

* « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », RJS 6/98, p. 435.

* « Les attributions économiques des comités d'entreprise depuis la loi sur les régulations économiques » *Doit ouvrier* 2002, p. 55.

* « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise depuis la loi de modernisation sociale », *Dr. soc.* 2002, p. 298.

* « La loi du 3 janv. 2003 et les comités d'entreprise », *Dr. soc.* 2003, p. 271.

* « Les délocalisations et les comités d'entreprise », *SSL*, 13 déc. 2004, n° 1194, p. 5.

* « Le sort de la contribution patronale après une scission », *SSL*, 20 déc. 2004, n° 1195, p. 13.

* « Le fonctionnement du comité d'entreprise et licenciement économique après la loi du 18 janv. 2005 », *Dr. soc.* 2005, p. 354.

* « Licenciement économique et droit des comités d'entreprise après la loi de cohésion sociale », *RPDS* 2005, n° 719, p. 80.

* « Quand l'inobservation des droits des représentants du personnel perturbe la fusion GDF-Suez », *Dr. ouvrier* 2007, p. 105.

* « Les ressources respectives des comités d'établissement et du comité central » RJS 12/01, p. 934

M. COHEN et L. MILET, « La loi suspensive Fillon Raffarin, les comités d'entreprise et les licenciements économiques », *RPDS* 2003, n° 695, p. 59.

T. COLIN et R. ROUYER, « La loi sur les plan sociaux face aux logiques gestionnaires : une portée limitée », *Travail et Emploi* 4/96, n° 69, p. 5.

J.-L. COLOMBANI, « La société européenne pour l'exploitation de niches technologiques et pari pour la participation – Le contexte de la naissance de la société européenne », *Gaz. Pal.* 2003, n° 93, p. 17.

D.-N. COMMARET, « La révision d'un régime de protection sociale complémentaire : parallélisme ou altérité des formes », *Dr. soc.* 1999, p. 384.

D. CORRIGNAN-CARSIN, * « Priorité de réembauchage et licenciement économique », RJS 10/94, p. 643.

* « Licenciement économique et priorité de réembauchage. Actualité jurisprudentielle », RJS 2000, p. 783.

A. CORMIER LE GOFF et A. LEMERCIER, « Les apports de la loi du 30 déc. 2006 en matière de participation et d'actionnariat salarié », *Dr. soc.* 2007, p. 152.

A.-S. CORNETTE DE SAINT-CYR et O. RAULT, « Aspects juridiques et sociaux de fusions au sein de l'Union européenne », *JCP E* 2008, n° 15, p. 34.

V. COTTEREAU, « La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel en questions », *JCP S* 2012, 1306.

J.-B COTTIN, * « La restructuration de l'UES », *JCP S* 2006, n° 40

* « Actionnariat des salariés », *Juriscl. Trav. Traité*, Fasc. n° 27-25.

* « Transfert d'une entité économique autonome vers un service public administratif », *RJS* 1/06, p. 3.

* « Pour un droit d'expertise responsable », *in* J.-B. COTTIN et E. LAFUMA, « CHSCT : quel contrôle de l'expertise ? », *RDT* 2013, p. 379.

* « L'instance de coordination des CHSCT », *JCP S* 2013, 1264.

COUR DE CASSATION, * *Rapp. Annuel*, 1991, *Doc. fr.* 1992, p. 35, 10^{ème} suggestion

* *Mensuel du droit du travail* 2014, mai 2014, n° 54.

COUR DES COMPTES, *Rapp. annuel* 2011, p. 157

A. COURET, * « Le gouvernement d'entreprise – la *corporate governance*. », D. 95, p. 163.
* « La loi sur les nouvelles régulations économiques – la régulation du pouvoir dans l'entreprise » JCP E 2001, p. 1660.

P. COURSIER, * « Conventions de conversion et rupture amiable : chronique d'un revirement annoncé », Dr. Trav. 1992, n° 4, p. 1.

* « A propos des aides de l'Etat », in *Les licenciements pour motif économique, Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Litec, coll. Droit, tome IX, p. 111.

* « La révision d'un accord de retraite supplémentaire et ses conséquences », Dr. soc. 2002, p. 874.

P. COURSIER et D. JOURDAN, « Interférences entre contrat de travail et contrat d'assurance », JCP E 1996, étude 568, p. 289.

M. COUTU, « Licenciements collectifs et fermetures d'entreprise au Québec : le cas Wal-Mart », Travail et Emploi n° 109, janv.-mars 2007, p. 39.

G. COUTURIER, * « Le plan social : aspects juridiques », Dr. soc. 1985, p. 643.

* « Plan social et mesures d'accompagnement », Dr. soc. 1987, p. 217.

* « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, PUF, 1992, p. 143.

* « Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janv. 1993 », Dr. soc. 1993, p. 219.

* « Plans sociaux et exigences de reclassement », Dr. soc. 1994, numéro spécial « Plans sociaux », p. 436.

* « Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne », Dr. soc. 1997, p. 75.

* « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi (à propos de l'arrêt Briou, Cass. soc. 22 Janv. 1998) », Dr. soc. 1998, p. 375

* « Vers un droit du reclassement ? », Dr. soc. 1999, p. 497.

* « Insuffisance du plan social – Les actions en nullité propres aux salariés », Dr. soc. 1999, p. 593.

* « L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'externalisation », Dr. soc. 2000, p. 845.

* « Licenciements économiques : choix de l'employeur et contrôle du juge », *Liaisons soc. magazine*, fév. 2001, p. 58.

* « Du plan social au plan de sauvegarde de l'emploi », Dr. soc. 2002, p. 279.

* « Des limites aux nullités de l'article L. 321-4-1 du code du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 726.

* « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *SSL*, 19 janv. 2004, n° 1152, p. 6.

* « L'impossibilité de réintégrer », Dr. soc. 2005, p. 403.

* « Sur les nullités sanctionnant l'insuffisance du plan de reclassement : dits et non-dits de l'arrêt *Wolber* », Dr. soc. 2005, p. 847.

* « Encore une réforme du droit des licenciements économiques », *SSL suppl.* 26 déc. 2005 n° 1242, p. 3.

* « Le licenciement de compétitivité », *SSL*, 23 janv. 2006, n° 1245, p. 8.

* « Le motif économique des départs volontaires (à propos de l'article 16 de la loi du 21 déc. 2006) », Dr. soc. 2007, p. 978.

* « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes. », *Bull. Joly soc.* 2008, n° 2, p. 142.

* « Les ruptures conventionnelles, ruptures paisibles ? », *RDT* 2009, p. 205.

* « Le licenciement collectif dans une unité économique et sociale », Dr. soc. 2011 p. 175

* « Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique. Sur l'arrêt *Vivéo*, 3 mai 2012 », Dr. soc. 2012, p. 600

* « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », Dr. soc. 2013, p. 814.

G. COUTURIER et P. LECOHU, « Une nouvelle approche des plans sociaux », *SSL* 26 mai 1997, n° 841, p. 3

G. COUTURIER et J. PÉLISSIER, * « Nullité du plan social », *SSL*, 3 mars 1997, n° 829, p. 3.

* « Le reclassement interne est-il incompatible avec les départs volontaires ? », *SSL* 6 juil. 2009, n° 1407, p. 6.

G. COUTURIER et X. PRETOT, « Les licenciements pour motif économique : le rôle de l'administration », *Gazette du Palais*, 6 fév. 1997, p. 183.

C. CUMUNEL, * « L'actionnariat salarié conduit-il à l'exercice d'un pouvoir partagé dans l'entreprise ? », *in* « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. *SSL* 14 mai 2001, n° 1028, p. 13.

* « Epargne salariale : une nouvelle dynamique impulsée par la loi du 19 fév. 2001 », *in* « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. *SSL* 14 mai 2001, n° 1028, p. 98.

A. CURIEN, « Tableau de jurisprudence sur le reclassement », *SSL* 1^{er} juin 2009, n° 1402, p. 10.

N. CUZACO, « Le PERCO, un nouveau plan au service de la retraite d'entreprise », *Bull. Joly Bourse* 2004, p. 722.

L. DABIN, « Rapport de synthèse », *in* « L'acquisition des entreprises à la recherche d'un équilibre en Europe » : *RDAI*, n° 4/5-1999.

R. DALMASSO, * « Ce que cache la modification des procédures administratives d'allocation des indemnités d'activité partielle », *RDT* 2013, p. 349 ;

* « Le désamorçage de l'obligation de recherche d'un renouveau – Libres propos après la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014 », *SSL*, 214, n° 1625 ;

R. DALMASSO, J. DIRRINGER, L. JOLY, et T. SACHS, « Variations autour de la gestion prévisionnelle des emplois », *RDT* 2007, p. 513.

R. DAMMANN, « Droit européen et procédure d'insolvabilité : problématique des conflits de juridiction et de forum shopping », *D.* 2005, p. 1779.

G. DAMY, * « Proposition d'un nouvel équilibre dans la gouvernance des entreprises », *LPA* 20 août 2003, n° 166, p. 3.

* « La négociation d'entreprise : une décentralisation de la production de normes juridiques au niveau de l'entreprise », *LPA* 2005, n° 199, p. 5.

J. DANIEL, * « La cause économique du licenciement à l'épreuve de l'UES », *JCP S* 2007, n° 49, 1931.

* « La mécanique du licenciement économique à l'épreuve de l'UES », *JCP S*, 2007, n° 50, p. 11

* « Les périmètres du PSE en pratique », *JCP S* 2013, 1203

L. DARDALHON, « La liberté du travail devant le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation », *Revue française de Droit constitutionnel*, n° 64, 2005, p. 755

S. DARMAISIN, « Le concept de transfert d'entreprise », *Dr. Soc.* 1999, p. 343.

P. DARVES-BORNOZ, « Notions d'unité économique et sociale (UES) et de co-employeurs », *Dr. ouvrier* 2009, p. 309.

N. DAUXERRE, « Appréciation du nombre de licenciements dans le cadre de l'UES », *JCP S* 2011, 1007

C. DAVID, « Introduction » du colloque « Droit des sociétés au service de la « gouvernance d'entreprise » : perspectives européennes et comparées », *Gazette du palais*, 2003, n°333, p7

V. L. D'AVOUT, « La liberté d'entreprendre eu bûcher ? – Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *D.* 2014, p. 1287.

S. DEAKIN, « Restructurations et gouvernance d'entreprise en Grande-Bretagne : la vente de Rover », *Travail et Emploi* n° 109, janv.-mars 2007, p. 51.

A. DE BOUARD, « Quelles sont les relations entre les acteurs au sein d'une même entreprise ? », *in* « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. *SSL* 14 mai 2001, n° 1028.

I. DESBARATS, « La réforme de la modernisation sociale », *D.* 2003, p. 219.

P. DE CAIGNY, * « Insuffisance du plan, nullité de la procédure et nullité des licenciement », conclusions ss. *Cass. soc.* 13 fév. 1997, *Dr. soc.* 1997.

* « L'employeur seul juge du choix économique », conclusions ss. *Ass. Pl.* 8 déc. 2000, *SAT*, *Dr. soc.* 2001.

M.-J. DECAIX, « Procédure collectives et salariés non-protégés : le contrôle du bien-fondé de leur licenciement », *Dr. soc.* 1992, p. 670.

L. DE COMARMOND, « Fusions-acquisitions : quid de la protection sociale ? », *Liaisons soc. magazine*, mars 1997, p. 43.

F. DE BRY, « L'organisation comme nœud de contrats psychologiques entre les parties prenantes », *in* *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ., coll. *Systèmes*, 2004.

A. DEGREMONT, « Le contexte économique des restructurations en Europe : la restructuration permanente » *in* *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

A. DEJEAN DE LA BATIE, « La santé au travail au cœur des réorganisations », *JSL* 28 mars 2013, n° 340, p. 5

M. DELBERGHE, « La justice redéfinit le licenciement économique », *Le Monde*, 16 janv. 2006, p. 8.

J.-M. DELENEUVILLE, * « La qualité du débiteur : des difficultés de l'extension de procédure au sein des groupes de sociétés », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 61

* Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques ou le fabuleux destin de l'article L. 621-5 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2002, p. 157

J. DELGA, « De l'éthique de l'entreprise et de son cynisme », *D.* 2004, n° 43, p. 3126.

P. DELMOTTE, « Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », *RJDA* 2006, p. 539

M. DEL SOL, * « Commentaire de l'article 1^{er} de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi sur la généralisation de la couverture santé, la fin de clauses de

désignation et la réforme de la portabilité », Lexbase hebdo, éd. soc. 2013, n° 234, N° LXB : N7808BTD et N7809BTE

* « Les décisions et pratiques managériales à l'épreuve du droit à la santé au travail », *RDSS* 2013, p. 868

M. DEL SOL et C. LEFRANC-HAMONIAUX, « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *JCP S* 2008, 1666

M. DELTEIL et L. LAUTRETTE, « Le sort des contrats de travail dans la loi de sauvegarde. », *LPA* 2006, n° 35, p. 42.

J.-L. DENIER, « Comité d'entreprise et loi Borloo : ordre ou... désordre du jour ? », *SSL* 25 avr. 2005, p.

J. DEPREZ, * « Le consentement des salariés à la remise en cause d'un usage d'entreprise non régulièrement dénoncé par l'employeur », *JCP E*, 1992, I, 178.

* : « Cession d'entreprise et compétition entre conventions collectives applicables aux salariés transférés », *RJS* 7/92, p. 451

* « Le sort des usages d'entreprise et des accords atypiques en cas de changement d'employeur », *RJS* 3/93, p. 143.

* « La notion de transfert d'entreprise au sens de la directive européenne du 14 fév. 1977 et de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail : jurisprudence française et communautaire », *RJS* 1995, p. 315 ;

M. DESPAX, « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. SAVATIER, PUF, 1992, p. 177.

V. DEVILLECHABROLLE, « Ces groupes qui jouent la carte du dialogue social au niveau mondial », *Liaisons soc. magazine*, avr. 2005, p. 52.

C. DIDRY et L. TESSIER, « La cause de l'emploi. Les usages du droit dans la contestation de plans sociaux. », *Travail et Emploi* 4/96, n° 69, p. 23.

P. DIENER, « Ethique et droit des affaires », *D.* 93, p. 17.

N. DION, « 2001. Entreprise, espoir et mutation », *D.* 2001, n° 9, p. 762.

E. DOCKÈS, * « Le stroboscope législatif », *Dr. soc.* 2005, p. 835.

* « Le juge et la négociation », *Dr. ouvrier* 2008, p. 290.

* « L'Europe antisociale », *RDT* 2009, p. 145.

* « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Vivéo », *Dr. soc.* 2012, p. 606

P. DOLE, * « Le contrat de transition professionnelle et la convention de reclassement personnalisée : évaluation d'une approche systémique de l'accompagnement pour le retour durable à l'emploi des personnes licenciées pour motif économique », rapport établi en mai 2010 pour l'inspection générale des affaires sociales, RM2010-063P.

* « Le CSP : une réussite à valoriser » *SSL* 2013, n° 1583.

J.-P. DOM, « Le salarié mandataire au sein d'un groupe », *Bull. Joly soc.*, Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », Actes du colloque de la faculté de droit de Caen, 20 nov. 2004, p. 81.

J.-P. DOMERGUE, « La convention de conversion », *Dr. Soc.* 1987, p. 250

P. DONDOUX, « Le contentieux des décisions de l'Administration en matière de licenciements économiques. Pouvoirs du juge administratif. » Conclusions ss. CE 18 fév. 1977, Dr. soc. 1977, p. 166.

F. DONNAT et D.CASSAS, « Le Tribunal des conflits et l'article L. 122-12 du code du travail », AJDA 2004, p. 432.

F. DORSSEMONT, * « Rapport de synthèse », in *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

* « La directive 2001/86 du 8 oct. 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs », LPA 2002, n°76, p. 34.

L. DRIGUEZ, « Licenciements économiques et procédures collectives : une nouvelle articulation gage de sécurisation ? », Dr. soc. 2013, p. 995.

M.-L. DUFRESNE-CASTETS, « Pas de plan de sauvegarde de l'emploi sans efforts de reclassement », RDT 2009, p. 282.

F. DUMONT, * « Les prérogatives des travailleurs liées à la défense de l'emploi et la directive du 29 juin 1998 sur les transferts d'entreprises », LPA 1999, n° 151, p. 15.

* « L'impact pour les salariés de la suggestion de reprise dans les procédures collectives », *Revue des Procédures collectives* 2004, p. 298.

* « Les prescriptions en droit du travail : éléments de réflexion sur l'identification de la prescription », JCP S 2006, n° 38, 1723.

J.-J DUPEYROUX, * « Quelques points de repère », Dr. soc. 1989, p. 6.

* « Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés », Dr. soc. 1994, p. 820.

* « L'article 11 de la loi Evin et la théorie générale des accords collectifs de prévoyance », Dr. soc. 1996, p. 163.

* « Sur les régimes complémentaires : bref rappel de quelques données de base », Dr. soc. 2000, p. 409.

R. DUPIRE et D. CHATARD, « Fermeture d'un établissement et recherche d'un repreneur », JCP S 2014, 1194 ;

J. DUPLAT, * « Le droit à réparation du salarié empêché de lever ses options », SSL 11 oct. 2004, p. 10.

* « Sur la modification des modalités de revalorisation des pensions des régimes suppl.aires », Dr. soc. 2005, p. 907.

* « La prévoyance collective et la notion de prestation différée », SSL 2007, n° 1293, p. 8.

* « Reprise d'une activité par une personne publique et compétence du juge », SSL, 9 juill. 2007, n° 1315, p. 5.

* « « A travail égal, salaire égal » en présence d'un accord de substitution », SSL, 24 déc. 2007, n° 1334, p. 12.

* « Clause de garantie d'emploi et licenciement », avis ss. Cass. soc. 13 nov. 2008, n° 07-42.640, RJS 1/09, p. 23.

F. DUQUESNE, * « Départs volontaires et procédures de licenciement économique », Dr. soc. 1995, p. 576.

* « La rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique : paradoxes et contradictions », SSL, 9 sept. 2002, n° 1087-1088, p. 2.

P. DURAND, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p. 42.

E. DURLACH, « Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit du licenciement économique », *RDT* 2007, p. 440.

G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *Rev. jur. de l'éco. pub.* 2014, n° 718, comm. 18 ;

P. ENCLOS, * « Premier contentieux des conventions de conversion », *Dr. social* 1990, p. 335.

* « Contestation du motif économique de licenciement après acceptation d'une convention de conversion », *RJS* 1992, p. 453.

F. EYMARD-DUVERNAY, « Calculer ou débattre ? », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p. 87.

D. EVERAERT-DUMONT, « Mise à la retraite d'un salarié motivée par des raisons économiques », *JCP S* 24 juin 2008.

A. FABRE, * « Critiques de quelques propositions du rapport Rouilleault », *RDT* 2007, p. 725.

* « Première lecture du projet d'accord national interprofessionnel sur la GPEC », *RDT* 2009, p. 34.

* « Le chômage partiel ne connaît pas la crise ! Retour sur une réforme au long cours », *RDT* 2012, p. 286

* « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation - Une réforme peut en cacher une autre », *RDT* 2013, p. 184

* « La promesse présidentielle de « Florange » à l'épreuve du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre », *Constitutions* 2014, p. 204 ;

D. FABRE, « L'obligation de reclassement interne », *SSL*, 4 fév. 2002, n° 1061 p. 6.

P. FADHEUILHE, « Groupement d'employeurs et dispositifs d'épargne salariale – Les apports de l'article 7 de la loi du 3 déc. 2008 », *JCP S* 2009, n° 7, p. 19.

S. FANTONI QUINTON et A.-M. LAFLAMME, « L'obligation de « reclassement » à la lumière d'« accommodement raisonnable » du droit canadien », *Dr. soc.* 2009, p. 215.

D. FASQUELLE, « Les faillites des groupe de sociétés dans l'Union européenne : la difficile conciliation des approches économique et juridique. », *Bull. Joly soc.* 2006, n° 21, p. 151.

J.-P. FAUGERE, « Le renouveau de la pensée institutionnaliste en économie », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ., coll. Systèmes, 2004, p. 158

F. FAVENNEC-HERY, * « Le droit et la gestion des départs », *Dr. soc.* 1992, p. 581.

* « La directive 92/56 du 24 juin 1992 ou les espoirs déçus », *Dr. soc.* p. 29.

* « Contrat de travail et droit des entreprises en difficulté », *SSL*, 17 juill. 1995, n° 753, p. 2.

* « Licenciement économique : du contrôle « a priori » à la responsabilité « a posteriori » de l'entreprise », chronique, *RJS* 2002, p. 287.

* « Restructurations : le rôle de la négociation collective », *Dr. soc.* 2004, p. 279.

* « La consultation des représentants du personnel sur le transfert d'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 729.

* « Loi Borloo : une nouvelle approche de la modification », » *SSL*, n° 1198, du 17 janv. 2005, p. 9.

- * « Le PSE dans la loi Borloo : prévention, négociation, « sécurisation », LPA 31 mars 2005, n° 64, p. 39.
- * « Restructurations, deux maître mots : négociation, anticipation », SSL *Suppl.* 26 déc. 2005, n° 1242, p. 9.
- * « Du droit du licenciement économique au droit de l'employabilité du salarié », SSL, 22 janv. 2007, n° 1291, p. 3.
- * « L'accord de GPEC : un objet pluriel et une portée relative », Numéro spécial « Le droit conventionnel du licenciement économique » (1^{ère} partie), ss. la direction de B. BOUBLI, Gaz. Pal. 14 août 2007, p. 15.
- * « La GPEC : l'environnement juridique », numéro spécial « GPEC », Dr. soc. 2007, p. 1068.
- * « La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ? », Dr. soc. 2007, p. 1105.
- * « ANI sur la modernisation du marché du travail et sécurisation des parcours professionnels », SSL, suppl. 7 av. 2008, n° 1348, p. 3
- * « Rupture du contrat de travail pour motif économique et droit du licenciement », JCP S 2008, n° 28, p. 14.
- * « Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail », Dr. soc. 2008, p. 660.
- * « Le reclassement : une mutation en cours », Dr. soc. 2011, p. 402
- * « L'arrêt Vivéo : la fin d'une controverse ? » JCP S 2012, 1241
- * « Motif économique, reclassement et groupe de sociétés », JCP S 2013, 1078.
- * « Licenciement économique : un changement d'acteurs », JCP S 2013, 1258

F. FAVENNEC-HERY et A. MAZEAUD, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan », JCP S 2009, n° 29, p. 15.

O. FAVEREAU, « Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p. 39.

B. FEUGERE, « La reprise d'une entreprise ss. procédure collective Les obligations du repreneur vis-à-vis du personnel », *JCP E* 1998, p. 498.

M.-D. FISHELSON, « L'implication des salariés dans les différentes structures européennes », Bull. Joly. Sociétés, 1^{er} oct. 2008, n° 10, p. 818.

M. FORTE, « Les conséquences du processus de fusions acquisitions : des résultats paradoxaux », in *La place des salariés dans le droit des restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.»

V. FRAISSINIER-AMIOT, « La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? », LPA 2008, n° 99, p. 6.

H. de FREMONT, « Les licenciements et les procédures collectives : un compromis acceptable ? », Gaz. Pal. 22 janv. 2009, n° 22, p. 11.

J. FREVILLE, « L'action sociale es régimes complémentaires », Dr. soc. 1962, p. 450.

R. FRIEDERICH, « Le nouveau dispositif d'activité partielle : un régime enfin attractif pour les entreprises ? », JCP S 2013, 1357 ;

M.-A. FRISON-ROCHE (interviewée par P. RANCE), « La loi sur les nouvelles régulations économiques », D. 2001, n° 24, p. 1930.

C. FROUIN et J.-Y. FROUIN, « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *RJS* 4/06, p. 251.

J.-Y. FROUIN, * « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *RJS* 3/96, p. 137.

* « Licenciements pour motif économique » Rapport ss. Cass. soc. 17 juin 1997, n° 2760, *RJS* 8-9/97, p. 592.

* « Le reclassement individuel des salariés menacés de licenciement économique : continuité et changements. », *Gaz. Pal.* 2002, n° 264, p. 14.

* « Négociations collectives et consultation du comité d'entreprise » *Dr. soc.* 2005, p. 579.

* « La légalité du licenciement pour motif économique », *SSL* 2005, n° 1226, p. 7.

* « Retour sur la notion de sauvegarde de la compétitivité », *RJS* 3/06, p. 188.

J.-Y. FROUIN et V. C., « La sanction de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans le cadre d'une procédure collective », *RJS* 4/06, p. 251

L. GAMET, « L'information du CE préalablement à sa consultation sur un projet de restructuration », *in* « L'information et la consultation du comité d'entreprise lors des restructurations d'entreprises », suppl. *SSL* n° 1380 du 22 déc. 2008, p. 5.

Y. GAUDEMET, « L'intervention de l'administration dans le nouveau droit des licenciements économiques », *Dr. soc.* 1987, p. 225.

F. GAUDU, * « Négociation collective au sein d'une entreprise en difficulté », *Dr. soc.* 1982, p. 705.

* « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. soc.* 1987, p. 414.

* « Le contrôle de l'exécution du plan social », *Dr. soc.* 1994, numéro spécial « Plans sociaux », p.492.

* « L'extinction du plan social (contribution à l'étude du terme et de la résiliation des engagements par volonté unilatérale) », chronique, *Rec. Dalloz Sirey*, 1995, 44^{ème} cahier, p. 337.

* « La participation des salariés » *Rev. des sociétés* 1996, p. 471.

* « Les notions d'emploi en droit », *Dr. soc.* 1996, p. 569.

* « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 367.

* « Des illusions des juristes aux illusions des scientifiques », *in Le droit du travail confronté à l'économie*, ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p. 101.

B. GAURIAU, * « La jurisprudence dite « Framatome et Majorette » ne doit-elle pas être abandonnée ? », *Dr. soc.* 2004, p. 375.

* « Le licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail : nul plutôt qu'inefficace », *Dr. soc.* 2005, p. 852.

* « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 2007, p. 184.

* « Les accords GPEC : régimes et sanctions », Numéro spécial « Le droit conventionnel du licenciement économique » (1^{ère} partie), ss. la direction de B. BOUBLI, *Gaz. Pal.* du 14 août 2007, p. 24.

* « Clause pénale et clause de garantie d'emploi », *Dr. soc.* 2008, p. 704.

* « Le co-employeur », *Dr. soc.* 2012, p. 995.

T. GAUTIER-SAUVAGNAC, « La négociation interprofessionnelle sur l'emploi », *LPA* 20 nov. 2003, n° 232, p. 29.

T. GAUTIER-SAUVAGNAC et F. CHAMPEAUX, « Priorité à la prévention des difficultés des entreprises », SSL 7 mars 2005, n° 1205, p. 2.

B. GAZIER, « Restructurations et reclassements : vers une redéfinition des responsabilités », Dr. soc. 2007, p. 259.

F. GÉA, *« Le plan social un acte normateur », D. 2000, p. 550.

* « Restructurations : l'anticipation de la mise en cause de l'accord collectif », RDT 2010, p. 715

* « La problématique *Vivéo* : au législateur de reprendre la main », RDT 2012, p. 608.

* « Les grands licenciements collectifs dans l'ordre administratif », RDT 2013, p. 261.

* « Le droit du licenciement économique, à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 210

* « La cause fautive » de licenciement (au miroir des jurisprudences judiciaire et administrative) », RJS 2013, p. 427.

* « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise : bâtir une culture de la confiance ? », Dr. soc. 2013, p. 717.

*« L'obligation de rechercher un repreneur en cas de fermeture de site », Dr. soc. 2013, p. 827 ;

* « La problématique majeure est celle du consentement des salariés », entretien réalisé par A. MARGON pour SSL 2013, n° 1588.

* « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ? », SSL du 7 avr. 2014, n° 1625

G. GELINEAU-LARRIVET, « Avant-propos », in *Les licenciements pour motif économique, Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Lietsc, coll. Droit, tome IX, p. 7.

J. GENEVRAY, « L'union Nationale des Institutions de retraite des salariés », Dr. soc. 1962, p. 419.

A.-C. GEOFFROY et L. DUMONT, « Inégaux devant le licenciement », Liaisons soc. mag. juin 2009, p. 14.

M. GERMAIN, « Les droits politiques des actionnaires », Bull. Joly soc. Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », Actes du colloque de la faculté de droit de Caen, 20 nov. 2004, p. 39.

D. GILLIER, « Vers une globalisation nécessaire des réponses syndicales », Revue de la CFDT, nov. dec. 2005, n°74

A.-S. GINON, J.-M. NELLY et F. WISMER, « Protection sociale complémentaire : quelle généralisation ? », RDT 2013, p. 303 ;

S. GIRAUD et F. QUENTIER, Dossier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, Action juridique, n° 184, p. 7.

F. GISSEROT, « La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ? », RTD com. 1979, p. 49.

E. GLASER, « Article L. 122-12 et service public administratif », *Dr. soc.* 2005, p. 37.

C. GOASGUEN, « Accords d'entreprises : les grandes tendances » *SSL* n° 926, 22 mars 1999, p. 2

L. GODON, « Des actionnaires, des dirigeants et des salariés des sociétés anonymes », *in Mélanges Guyon, Dalloz*, 2003, p. 433.

M.-J. GOMEZ-MUSTEL, * « Formation et adaptation dans la jurisprudence sociale », *Dr. soc.* 1999, p. 801.

* « Les enjeux de l'obligation d'adaptation », *Dr. soc.* 2004, p. 499.

O. GOUEL, * « Validité de la cession intervenue en violation de l'article L. 122-12 », *SSL*, 11 sept. 2006, n° 1273, p. 11.

* « L'action en justice du CE toujours cantonnée à la défense de ses intérêts propres », *SSL* 7 mai 2007, n° 1306, p. 13.

P. GOURDON : « Le GIE, le comité d'entreprise et l'employeur », *Bull. Joly Sociétés* 2009, n° 7, p. 677.

J.-C. GOURET, * « Convention de reclassement personnalisé et contestation de la rupture », *SSL*, 25 juin 2007, n° 1313, p. 12.

* « Plan de sauvegarde de l'emploi, indemnités complémentaires et rupture négociée », *JCP E* 2008, n° 11, p. 37.

J. GRANGÉ, * « Une modalité de l'externalisation : la délocalisation. », *LPA* 1998, n° 147, p. 14.

* « Comités d'entreprise, annonces publiques et restructurations », *Dr. soc.* 2002, p. 704.

J. GRANGE et S. DUMAS, « Le sort des salariés dans les procédures collectives : un dispositif largement inadapté », *SSL* 2003, n° 1135, p. 6.

B. GRELON et C. DESSUS-LARIVE, « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *Rev. sociétés* 2006, p. 281-303

M. GREVY, * « Le contenu des plans sociaux », *Action juridique*, juil. 1995, n° 113, p. 5

* « Notion de perte d'une chance et inexécution d'un engagement de sauvegarder les emplois », *LPA* 2000, n° 32, p. 17.

* « La réintégration », *SSL Suppl.* 26 déc. 2005 n° 1242, p. 33.

M. GREVY et P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur... », *RDT* 2013, p. 173.

M. GRIGNARD, « Renouveler l'approche des restructurations », *Revue de la CFDT*, nov. dec. 2005, n° 74

F. GRILLIER et S. CHATELON, « Les conséquences incertaines de la résolution du plan de cession », *Revue des Procédures collectives* 2002, p. 47.

S. GRIMAULT et O. MERIAUX, « **La mise en œuvre de l'obligation de revitalisation des territoires, un révélateur des relations entre l'entreprise en restructuration et le territoire** », **Communication à la session spéciale « Mobilités, ancrages et dynamiques organisationnelles », Colloque de l'Association de Science Régionale de Langue Française, Belfort, juillet 2012.**

T. GRUMBACH, * « Licenciements économiques : contrôle administratif ou judiciaire », *SSL*, 6 déc. 1993, n° 674, p. 3.

* « La notification collective d'une modification et le rôle des institutions représentatives », *Dr. ouvrier* 1996, p. 71.

* « Encore une fois sur les arrêts *La Samaritaine* », *Dr. soc.* 1997, p. 331.

* « Monopole syndical, contenu et négociation des accords de méthode », *Dr. soc.* 2006, p. 325.

M. GUEDON, « L'accord collectif pour éviter l'intervention et le contrôle du juge », *Dr. ouvrier* 2008, p. 260.

D. GUILLOUET et M. DESGRANGES, « La recodification des dispositions relatives à la GPEC », *JCP S* 2008, n° 18-19-20, p. 17.

F. GUIOMARD et E. SEVERIN, « Les voies de la contestation des décisions unilatérales des employeurs, à l'horizon de la loi de sécurisation de l'emploi », *RDT* 2013, p. 197.

C. GUIRLET, * Licenciement pour motif économique *Procédures. Calendriers*, *Jurisque* travail, Fasc. 31-4.

Y. GUYON, * « Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salariés », *Dr. soc.* 1985, p. 267.

* « Corporate governance », *Rep. Sociétés Dalloz*, fév. 2000.

H. GUYOT, * « Réflexions relatives à l'institution d'un CHSCT central », *JCP S* 2010, 1340.

* « La revitalisation des bassins d'emplois », *JCP S* 2013, 1276

M.-C. HALLER, « Modifications d'un plan de sauvegarde de l'emploi : effets d'une procédure irrégulière », *JS Lamy* n° 160, du 26 janv. 2005, p. 13.

J.-C. HALLOUIN, « L'exercice des prérogatives par les salariés actionnaires. Droits financiers et patrimoniaux », *Bull. Joly soc.* Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », *Actes du colloque de la faculté de droit de Caen*, 20 nov. 2004, p. 44.

C. HANNOUN, * « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *RDT* 2008, p. 288.

* « Une question inscrite dans un débat historique », *RDT* 2009, p. 143.

* « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT* 2010, p. 22.

* « Paradoxe n°5 : Gestion des entreprises et droits des salariés », *SSL*, numéro spécial, « Treize paradoxes du droit du travail » 2011, n°1508

C. HAUSMANN, « Le licenciement en droit allemand après la loi du 30 sept. 1993 », *Dr. soc.* 1994, numéro spécial « Plans sociaux », p. 507.

M. HAUTEFORT, « La mise à la retraite pour cause économique reste une mise à la retraite », *SSL*, 2 juin 2008, n° 1356, p. 12.

F. HÉAS, * « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. social* 1999, p. 504.

* « Les principaux apports de la loi de programmation pour la cohésion sociale en matière de licenciement pour motif économique » *JCP E* 2005, p. 270.

* « Les contraintes formelles encadrant l'exécution de l'obligation de reclassement en cas de licenciement pour motif économique », *Dr. ouvrier* 2007, p. 6.

* « Le droit au reclassement du salarié en cas de restructuration de l'entreprise ou d'altération de sa santé », *Dr. ouvrier* 2007, p. 452.

* « Retour sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *JCP S* 2008, n° 22, p. 14.

* « La revitalisation des bassins d'emploi - Circulaire DGEFP/DGCIS/DATAR n° 2012-14 du 12 juillet 2012 relative à la mise en œuvre de l'obligation de revitalisation instituée à l'article L. 1233-84 du Code du travail. », *RDT* 2012, p. 629.

* « De la sécurité à la santé, les évolutions de la prévention au travail », *SSL Suppl.*, 8 déc. 2014, n° 1655, p. 23

S. HENNION-MOREAU, M. DEL SOL, O. KAUFMANN et P. PIERRE, « Protection sociale d'entreprise », chronique, *JCP E* 2004, p. 1865.

M. HENRY,* « Plans sociaux et reclassement », *Dr. ouvrier* 1994, p. 21.

* « La notion de motif économique », *Dr. soc.* 1995, p. 551.

* « Aux limites de l'article L. 122-12 », *Dr. soc.* 2006, p. 274.

* « Entreprises en difficulté et sauvegarde de l'emploi », *Dr. ouvrier* 2007, p. 170.

C. HILLIG-POUDEVIGNE et G. LOUVEL, « La notion de groupe à l'épreuve du Dr. soc. », *JCP E* 2005, n° 38, 1393.

C. HOARAU, J. VALUIS, B. EGHBAL, « De l'utilité de la négociation collective des plans sociaux », *SSL*, n° 900, du 14 sept. 1998, p. 6.

J.-Y HOCQUET, « Les conventions du Fonds national de l'emploi », *Dr. soc.* 1989, p. 651.

G. IACONO, « Petite victoire pour l'économie solidaire », *D.* 2001, p. 1259.

J. ICARD, * « Analyse économique du licenciement économique », *CSBP* 2006, n° 183, p. 363.

* « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi _ « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ? », *Cahiers sociaux* 2013, n° 254, p. 280

* « Logiques et surprises du cycle électoral – L'incidence du transfert d'entreprise sur les acteurs syndicaux », *Dr. soc.* 2014, p. 648

J. IGALENS, « La GPEC : intérêts et limites pour la gestion du personnel », numéro spécial « GPEC », *Dr. soc.* 2007, p. 1074.

IGAS, « Évaluation du système français d'activité partielle dans la perspective d'une simplification de son circuit administratif et financier », *Rapp.* juin 2012 ;

V. IONESCU, « Le droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat de travail : mythe ou réalité ? », *Dr. soc.* 2002, p.

M.-L. IZORCHE, « Information et cession du contrat », D. 1996, p. 347.

D. JACOTOT, * « Le traitement des difficultés de l'entreprise à l'épreuve de la loi sur la sécurisation de l'emploi », Bull. Joly ent. en diff. 2013, p. 325

*, « Les apports de la loi de sécurisation de l'emploi applicables aux entreprises en difficultés », Rev. des proc. coll. 2013, n° 5, étude 24

A. JACQUEMONT, « SAUVEGARDE, REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES – Exploitation En Commun Et Confusion Des Patrimoines », J.-Cl. proc. coll., fasc. 2165, n° 1 ; V

A.-C. JACQUES et A.-L. PERIES, « L'immixtion de l'économie sociale dans l'épargne salariale », LPA, 22 fév. 2001, n° 38, p. 28

F. JAULT-SESEKE, * Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », RDT 2007, p. 543.

* « Les salariés dans les procédures transfrontalières d'insolvabilité » RDT 2009, p. 333.

J.-C. JAVILLIER, * « Les licenciements pour motif économique : brefs propos sur l'évolution du Droit dans une société en mutation », in *Les licenciements pour motif économique, Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Litec, coll. Droit, tome IX, p. 163.

* « Libres propos sur une politique jurisprudentielle (en matière de licenciements pour motif économique », Gaz. Pal., 6 fév. 1997, p. 198.

A. JEAMMEAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMEAUD, Dalloz, 2005, p. 15.

A. JEAMMEAUD et M. LE FRIANT, * « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », Dr. soc. 2001, p. 417.

E. JEANSEN, « Représentation des salariés dans les organes de gestion des sociétés », Jcl. Traité travail, 2014, fasc. 15-82

M. JEANTIN, * « Le représentant des salariés », Dr. soc. 1986, p. 664.

* « Intérêt du groupe et intérêt de l'entreprise », Dr. ouvrier 1994, p. 14.

G. JOLIVET et H. OUAISSI, « Le sort des régimes d'épargne salariale lors des transferts d'entreprise », JCP S, 19 juin 2007, p. 9.

D. JOURDAN, * « Utilisation de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise », TPS 1998, p.

* « Les notions de groupe et d'épargne salariale », LPA, 22 fév. 2001, n° 38, p. 19

* « Le droit au reclassement », in *La réforme du licenciement pour motif économique*, SSL, 23 juill. 2001, n° 1038, p. 25.

* « Le licenciement pour motif économique », LPA, 21 janv. 2002, n° 15, p. 32.

* « Clauses de révision et de dénonciation d'un accord collectif conclu avec les représentants élus ou des salariés mandatés », JCP S 2008, n° 25, p. 19.

* « La portabilité des garanties de prévoyance », JCP S 2009, 1556 ;

L. JULIEN-SAINT-AMAND, « Le (futur) rôle de la société européenne dans le monde des affaires en France et en Allemagne », LPA, 17 août 2006, n° 164, p. 43.

T. KATZ, « La négociation sur l'emploi à l'épreuve du nouvel article L. 320-2 du Code du travail », *Dr. ouvrier* 2005, p. 322.

M. KELLER, * « Vers un droit spécifique de l'entreprise qui entre en période de licenciement économique », *Dr. soc.* 1994, p. 870.

* « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre) », *Dr. soc.* 2006, p. 861.

* « Ouvrir l'action en justice du comité d'entreprise », *in* Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du comité d'entreprise ?, *RDT* 2007, p. 431.

* « L'action du mandataire-liquidateur en validité du plan de sauvegarde de l'emploi : un modèle à suivre ? », *Dr. soc.* 2009, p. 561.

R. KELLER, « La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise peut justifier un licenciement économique », conclusions du commissaire du gouvernement ss. CE 8 mars 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 857.

J.-Y. KERBOUC'H, * « La convention de reclassement personnalisé », *SSL*, suppl. 26 déc. 2005, n° 1242, p. 21.

* « L'anticipation des restructurations à l'épreuve du droit travail », *Travail et Emploi* n° 109, janv.-mars 2007, p. 25

* « La négociation collective dans le licenciement et le rôle du comité d'entreprise », *Gaz. Pal.* 2007, n° 275, p. 3.

J.-Y. KERBOUC'H et J. DUTOYA, « Comment sécuriser les parcours au-delà de la seule relation employeur-salarié », *SSL*, suppl. 7 avr. 2008, n°1348, p39

N. KERSCHEN et A.-V. NENOT, * « Délégation à l'emploi et négociation des conventions du Fonds national de l'emploi : la pratique des contreparties », *Dr. soc.* 1989, p. 17.

* « La fin des pré-retraites ou l'éternel recommencement ? », *Dr. soc.* 1993, p. 470.

R. KESS, * « Licenciements pour motifs économiques : le cadre d'appréciation des motifs », *Dr. ouvrier* 1994, p. 15.

* « Sur les contributions patronales en financement d'un régime de retraite chapeau », *Dr. soc.* 1994, p. 829.

F. KESSLER, * « Comité d'entreprise et protection sociale complémentaire : retour sur un vieux couple », *Dr. soc.* 2008, p. 174.

* « La loi de sécurisation de l'emploi et la prévoyance complémentaire conventionnelle des salariés », *CSBP* 2013, n° 254, p. 288 ;

J. KOVAC, « Portabilité : ce qu'il reste à faire avant le 1^{er} juin 2014 », *JCP S*2014, 1091

B. KRIEF, « L'articulation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation du personnel », *JCP S* 1116.

H. KRIEGER, « Perspectives sur la participation financière en Europe », *in* « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. *SSL* 14 mai 2001, n° 1028, p. 28.

J.-P. LABORDE, * « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.* 1992, p. 774.

* « La consultation des représentants du personnel », in *Les licenciements pour motif économique, Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Litec, coll. Droit, tome IX, p. 59.

A. LACABARATS, « Le licenciement pour motif économique dans les groupes de sociétés », JCP S2013, 1436.

E. LAFUMA, « Distinguer utilité et qualité de l'expertise », in J.-B. COTTIN et E. LAFUMA, « CHSCT : quel contrôle de l'expertise ? », RDT 2013, p. 379.

X. LAGARDE, « Mondialisation, restructurations et jurisprudence sociale », JCP G. 2001, n° 51- 52, I 371, p 2335

* « Prévoyance : questions pratiques sur la mise en œuvre de la portabilité », JCP S 2009, 1400 ;

P. LAGESSE et N. BOUFFIER, « La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise », Dr. soc. 2013, p. 126.

P. LAGESSE et N. LAURENT, « Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ? », JCP G. 2009, n° 1, I, 101.

P. LAGESSE et P. STOCKI, « Quelques énigmes à propos du congé de reclassement », JCP E 2004, n° 19, 692.

E. LAFUMA, « De la stratégie comme objet d'information et de la consultation du comité d'entreprise », in « L'information et la consultation du comité d'entreprise lors des restructurations d'entreprises », suppl. SSL n° 1380, du 22 déc. 2008, p. 11.

T. LAHALLE, * « La longue route... ou un an d'une difficile (r)évolution du Dr. soc. », LPA 2006, n° 227, p. 3.

* « Le contrat de transition professionnelle », JCP éd. S 2006, n° 21, 1421.

P. LAIGRE, * « Restructurations et institutions de prévoyance relevant de l'article L. 731-1 du Code de la Sécurité sociale », Dr. soc. 1989, p. 116.

* « La loi de prévoyance », Dr. soc. 1990, p. 370.

* « La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994 », Dr. soc. 1995, p.411.

Y. LAMBERT et P. GUIOL, « La voie d'une démocratisation de l'entreprise : la société anonyme de gestion partagée », in « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. SSL 14 mai 2001, n° f028, p. 19.

H. LANDIE, « Les accords de méthode : contenu et raisons de leur développement », LPA 20 nov. 2003, n° 232, p. 9.

P. LANGLOIS, * « Les accords de prévoyance », in *Etudes offertes à J. BARTHELEMY*, Dr. trav., hors série, 1994, p. 57

* « La révision des accords collectifs de retraite après le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris 28 mars 1995 », Dr. soc. 1995, p. 696.

* « Le motif économique », Gaz. Pal., 6 fév. 1997, p. 154.

* « La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail », D. 1997, chron. p. 45.

* « Les effets d'un accord révisant un régime complémentaire obligatoire », Dr. soc. 2000, p. 412.

* « Vers une sécurisation des régimes chapeaux », *SSL* 2008, n° 1354, p. 9.

P. LANGLOIS, « L'impossible mise en place du maintien de la couverture complémentaire ? », *SSL* 2008, n° 1379, p. 8 ;

H. LANOUZIÈRE, * « La prévention des risques psychosociaux du point de vue du Code du travail », *SSL* 21 février 2011, n° 1480, p. 6

* « Les restructurations et leurs effets sur la santé – Comment les prévenir en pratique ? », *SSL* 30 septembre 2013, suppl. n° 1599, p. 86.

* « Prévenir les risques ou promouvoir la santé ? Comment passer d'une posture réactive à une démarche proactive ? », *SSL Suppl.*, 8 déc. 2014, n°1655, p29

S. LAULOM, « Harmonisations législatives et stratégie européenne pour l'emploi », *RDT* 2007, p. 710.

« Les conséquences d'un transfert d'entreprise », *in* « Actualité du Dr. soc. communautaire 2008 », *SSL suppl.* au n° 1389 du 2 mars 2009, p. 43.

« Insolvabilité et activités transnationales », *in* « Actualité du Dr. soc. communautaire 2008 », *SSL suppl.* au n° 1389 du 2 mars 2009, p. 45

« Insolvabilité et garanties d'indemnités transactionnelles », *in* « Actualité du Dr. soc. communautaire 2008 », *SSL suppl.* au n° 1389, 2 mars 2009, p. 47.

« La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens », *SSL* 12 mai 2009, n° 1399, p. 5.

* « De nouvelles précisions en matière de transfert d'entreprise », *SSL* 2012, n° 1531, suppl., p. 7.

* « Contexte et apports de la directive-cadre du 12 juin 1989 », *SSL Suppl.*, 8 déc. 2014, n°1655, p 17

L. LAUTRETTE et D. PIAU, « Le maintien des obligations d'assurances en prévoyance collective (article 4, 6, 7 et 7-1 de la loi Evvin) », *Dr. soc.* 2007, p. 853.

C. LAZERGUES, « Le sort des régimes complémentaires en cas de transformation de l'entreprise par fusion-absorption », *Dr. soc.* 1971, p. 206.

G. LE CHATELLIER, « La nature juridique du constat de carence institué par l'article L. 321-4-1 du Code du travail », *concl. ss. CE*, 17 déc. 1993, *Dr. soc.* 1994, numéro spécial « Plans sociaux », p. 489.

P. LE COHU, * « Une nouvelle approche des plans sociaux », *SSL* 26 mai 1997, n° 841, * « Une nouvelle obligation de négocier au niveau des entreprises : la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences », *LPA* 31 mars 2005, n° 64, p. 24.

* « Les apports de la loi sur la participation et l'intéressement sur la concertation et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », *LPA*, 8 fév. 2007, n° 29, p. 31

* « Mobilité et accords sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *Gaz. Pal.* 2007, n° 275, p. 7.

* « La sécurisation des parcours professionnels », *SSL*, suppl. 7 avr. 2008, n°1348, p 27

F. LECOMTE, « L'information et les règles de droit dans les processus de restructuration », *SSL*, suppl. du 24 nov. 2008, n° 1376, p. 23.

J.-P. LE CROM, « La prévention des risques professionnels : quelques repères historiques », *SSL Suppl.*, 8 déc 2014, n°1655, p13

H.-J. LEGRAND, * « L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression des poste », *Dr. soc.* 1995, p. 243.

* « Sur le règles régissant les restructurations ayant une incidence sur l'emploi », *SSL*, *suppl.* 26 déc. 2005, n° 1242, p. 15.

* « Sur un nouvel objet juridique non identifié la « GPEC » », *Dr. soc.* 2006, p. 330.

J.-P. LHERNOULD, « Le droit communautaire et la sécurisation des parcours professionnels », *SSL*, suppl. 7 avr. 2008, n°1348, p 9

S. LEMEN-TENAILLEAU,* « Epargne salariale-actionnariat », LPA, 17 nov. 2005, n° 229, p. 51

* « L'actionnariat salarié », LPA, 8 fév. 2007, n° 29, p. 17.

E. LEMOINE, « Les principes civilistes dans le contrat de travail », LPA 2001, n° 119, p. 8.

J. LEONNET,* « Protection sociale et concurrence », Dr. soc. 1994, p. 600.

F. LEPANY,* « Du collectif à l'individuel », Dr. ouvrier 1994, p. 25.

* « GPEC : un préalable au plan de sauvegarde de l'emploi », SSL, 9 oct. 2006, n° 1277, p. 9.

L. LEROUGE,* « Les "risques psychosociaux" en droit : retour sur un terme controversé », Dr. soc. 2014, p. 152

* « Interprétation de la directive-cadre du 12 juin 1989 et prévention des risques psychosociaux », SSL Suppl., 8 déc. 2014, n°1655, p. 76

A. LEROUX, « Les régimes complémentaires de retraite des salariés », Dr. soc. 1962, p. 383.

O. LEVANNIER-GOUEL, « Réorganisation de la sous-traitance : le volet collectif », SSL, 8 déc. 2008, n° 1378, p. 12.

M.-I. LEVESQUE, « Stock-options et mécanismes d'intéressement assimilés : les écueils juridiques à éviter. », Bull. Joly soc. 1999, n° 7, p. 729.

E. LEWALLE, « Les arrêts Samaritaine : l'autre problème », SSL, 28 avr. 1997, n° 837 p. 3.

J.-P. LHERNOULD,* « Une régression pour le comité d'entreprise européen ? », SSL, 7 mai 2007, n° 1306, p. 9.

* « L. 122-12 et les « secteurs de main-d'œuvre » », SSL, 2 juill. 2007, n° 1314, p. 12.

* « Fusion GDF-Suez - La consultation du comité d'entreprise européen rajoute de l'eau dans le gaz », RJS 4/08, p. 279.

* « Le droit européen des restructurations, un droit en zig-zag ? A propos de deux arrêts de la Cour de cassation, 23 sept. 2008 *Flodor et Banca Nazionale Del Lavoro* », Dr. soc. 2008, p. 1266.

* « Obligations de la société-mère suite au licenciement du salarié mis à la disposition d'une filiale étrangère », commentaire de Cass. soc. 13 nov. 2008, n° 07-41.700, Dr. soc. 2009, p. 69

* « La nouvelle directive CE européen : une victoire française... quelle victoire ? », RJS 2/09, p. 101.

* « Directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2008 relative à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (JOUE 2008, n° L283, p. 36) », RDT 2009, p. 163.

A. LIENHARD, « Affaire Metaleurop : cassation de l'arrêt d'extension de la procédure à la société mère », D. 2005, p. 1225.

Y.-E. LOGEAI, **M. DELTEIL** et **L. LAUTRETTE**, « L'obligation d'information en matière de retraite », LPA 28 avr. 2000, n° 85, p. 4.

G. LOISEAU,* « Les ruptures conventionnelles pour motif économique », Dr. soc. 2011, p. 681.

* « L'identification des effets du coemploi », JCP S 2013, 1439.

P. LOKIEC,* « Les juges et le contrôle de la sauvegarde de la compétitivité », SSL, 24 déc. 2007, n° 1334, p. 6.

* « Du nécessaire dialogue entre le droit du travail et le droit des sociétés », RDT 2008, p. 221.

* « Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique », Dr. soc. 2008, p. 1238.

* « La consultation en quête d'utilité », in « L'information et la consultation du comité d'entreprise lors des restructurations d'entreprises », suppl. SSL n° 1380 du 22 déc. 2008, p. 17.

* « Le chômage partiel : pour une autre approche », Dr. soc. 2009, p. 393 ;

* « Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi », SSL 2013, n° 1592

* « L'égalité devant la loi », Dr. soc., 2014, p.325

K.-L. LONNROTH, « Préface », in *Des restructurations et des hommes*, ss. la direction de T. LEMASLE et P.-E. TIXIER, Dunod, 2000.

F. LOUBEJAC, * « La suppression de l'autorisation de licenciement », Dr. soc. 1986, p. 213.

J.-F. LOUIS, « Délai de consultation du comité d'entreprise lors d'une opération de concentration », *JCP E* 2004, p. 1913.

F.-X. LUCAS, * « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juill. 2005. », Bull. Joly soc. 2005, n° 11, p. 1181.

* « Commentaire de la proposition de loi du 15 mai 2013 visant à redonner des perspectives à l'économie réelle et à l'emploi industriel », Bull. Joly sociétés 2013, p. 499.

J.-M. LUTTRINGER, « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociations collectives », Dr. soc. 2004, p. 472.

A. LYON-CAEN, * « Le comité d'entreprise et la restructuration d'entreprise », Dr. soc. 1979,

* « La situation des salariés et de leurs représentants dans la procédure de redressement judiciaire des entreprises. En guise d'introduction », Dr. soc. 1986, p. 647.

* « Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », SSL, 21 avr. 1992, n° 596, p. 3.

* « Le droit et la gestion des compétences », Dr. soc. 1992, p. 573.

* « Dr. soc. et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre », in *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF 1992, p. 331.

* « Le maintien de l'emploi », Dr. soc., 1996, p. 655.

* « La Chambre Sociale et la consultation du comité d'entreprise », Dr. soc. 1996, p. 484.

* « Le financement public d'un plan social est-il condamné par le droit communautaire (CJCE 26 sept. 1996) », Dr. soc. 1997, p. 185.

* « L'emploi comme objet de négociation collective », Dr. soc. 1998, p. 316.

* « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », Dr. soc. 2002, p. 258.

* « Le comité d'entreprise et les restructurations », Dr. soc. 2004, p. 285.

* « A propos de l'adjectif « économique » dans la langue du droit », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p. 137.

* « Justice et justifications dans les réformes actuelles du droit du travail », Dr. ouvrier 2005, p. 283.

* « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », Dr. ouvrier 2007, p. 156.

* « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », RDT 2007, p. 84.

* « Chasse aux juges », RDT 2013, p. 1 ;

* « La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprendre », La Revue des droits de l'homme, 2014, <http://revdh.revues.org/830>

A. LYON-CAEN et T. SACHS, « ADN d'une réforme », RDT 2013, p. 162

F. LYON-CAEN, « Restructurations et relations individuelles de travail : aspects pratiques », Dr. soc. 1989, p. 96.

G. LYON-CAEN, * « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. soc.* 1983, p. 299.

* « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, PUF, 1992, p. 345.

* « Le principe et l'étendue du contrôle par la Cour de cassation du contenu des « nouveaux » plans sociaux et de reclassement », *Dr. soc.* 1995, p. 570.

* « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », *Dr. soc.* 1995, p. 489.

* « A la recherche des concepts de base du Livre IV du Code du Travail », in *Droit Syndical et Droits de l'Homme à l'aube du XXIème siècle*, en l'honneur de J.-M. VERDIER, Dalloz 2001, p. 81.

* « Vers une négociation sur les restructurations destructrices d'emplois », *Dr. ouvrier* 2002, p. 559.

* « Le droit du travail au futur antérieur », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », Mélanges en l'honneur de J. PELISSIER, éd. Dalloz, 2004, p. 367.

* « Les pochettes surprises de la Chambre sociale : l'arrêt Aventis Pharma », *SSL*, 2 fév. 2004, n° 1154, p. 6.

P. LYON-CAEN, * « Le principe et l'étendue du contrôle par la Cour de cassation du contenu des « nouveaux plans sociaux et de reclassement » », *Dr. soc.* 1995, p. 56.

* « Modifications des contrats de travail pour motif économique », conclusions ss. *Cass. soc.* 3 déc. 1996, n° 4867 et 4868, *RJS* 1/97, p. 12.

* « Le salarié au service de son parcours professionnel, une subordination ss. contrôle juridique », *LPA*, 21 avr. 2005, n° 79, p. 7.

Y. MADIOT, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in « Les orientations sociales du droit contemporain » Mélanges en l'honneur du Pt J. SAVATIER

N. MAGGI-GERMAIN,* « La dualité contentieuse Tribunal de commerce-Conseil de Prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprises », *LPA* 12 août 1998, n° 96, p. 3.

* « La formation professionnelle continue entre individualisation et personnalisation des droits des salariés », *Dr. soc.* 2004, p. 482.

* « Formation professionnelle continue et sécurisation des parcours professionnels », *SSL*, suppl. 7 avr. 2008, n° 1348, p. 21.

N. MAGGI-GERMAIN et P. CAILLAUD, « Vers un droit personnel à la formation ? », *Dr. soc.* 2007, p. 574.

L. de MAGNIENVILLE, « Les instances de représentation du personnel du public au privé », in « L'information et la consultation du comité d'entreprise lors des restructurations d'entreprises », suppl. *SSL* n° 1380 du 22 déc. 2008, p. 23.

J.-G. MAHINGA, « L'externalisation d'activités : où va la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *LPA* 7 juin 2001, n° 113, p. 13.

C. MALECKI, « La loi de modernisation sociale et la nouvelle donne de la participation des salariés dans la gestion de l'entreprise », *JCP E*, 13 juin 2002, p. 986.

L. MALLET, B. REYNES, F. TESSIER et C. VICENS, « A quoi servent les plans sociaux ? », *Travail et emploi* 1997, n° 72, p. 79.

M. MANIN et M. SCHEIDT, « Le salarié et la convention de conversion », *RPDS* 1996, p. 275.

L. MARQUET DE VASSELLOT, « L'action en référé portant sur la régularité de la consultation du comité d'entreprise », *RJS* 12/06, p. 915.

E. MARTIN PUEBLA et V. LACOSTE-MARY, « Les réactions du droit du travail à la crise économique », RDT 2011, p. 521

S. MARTINELLI, « Les projets de la Commission européenne », in « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. SSL 14 mai 2001, n° 1028, p. 62

A. MARTINON, « Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational », Dr. soc. 2010, p. 797

P. MASANOVIC, « De nouveaux contentieux se profilent », SSL 3 févr. 2009, n° 1385, p. 15.

B. MATHIEU, « La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », Dr. ouvrier 2002, p. 44.

M. MATHIEU, « Le point de vue de la FEAS – Fédération européenne de l'actionnariat salarié », in « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. SSL 14 mai 2001, n° 1028, p. 57

J.-C. MAY, « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 122.

P. MAYNIAL, « S'en tenir au droit commun de la procédure », in *Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du comité d'entreprise ?*, RDT 2007, p. 428.

A. MAZEAUD, * « Transfert d'entreprise : brèves observations à la lecture de la directive du 29 juin 1998 », Dr. soc. 2000, p. 417.

* « Licenciements économiques à l'occasion d'un transfert d'entreprise : les droits des salariés », Dr. soc. 2003, p. 482.

* « Licenciement économique avant le transfert » Dr. soc. 2003.

* « La négociation collective en cas de restructuration consécutive à un transfert », Dr. soc. 2004, p. 290.

* « Le transfert d'entreprise dans le cadre des procédures collectives », Dr. soc. 2005, p. 133

* « Sur le refus du représentant du personnel d'accepter le transfert de son contrat en cas de transfert partiel d'entreprise », Dr. soc. 2005, p. 560.

* « Aspects individuels des délocalisations », Dr. soc. 2005, p. 1186.

* « Reprise d'une entité économique par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif », Dr. soc. 2006, p. 383.

* « Le refus du salarié d'accepter le transfert de son contrat prévu par accord collectif en cas de perte de marché », Dr. soc. 2006, p. 518.

* « Accords collectifs et restructurations », Dr. soc. 2008, p. 66.

* « L'affectation des salariés pour partie à l'entité transférée (article L. 1224-1, C. trav.) », Dr. soc. 2009, p. 265.

* « L'accord du salarié au transfert de son contrat de travail en cas d'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail », Dr. soc. 2009, p. 813.

* « Transfert d'établissement distinct : de nouveaux enjeux portant sur les aspects collectifs », JCP S 2012, 1308.

F. MELIN, « La protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : Loi du 30 janv. 2008 transposant la directive 2002/74/CE du 23 sept. 2002 », JCP E 2008, n° 7-8, p. 7.

J. MERLIN, « Les petits licenciements pour motif économique : spécificités du contentieux hors plan social », Dr. soc. 1995, p. 559.

T. METEYE, * « L'intervention de l'AGS dans les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 2006, n° 199, p. 3.

* « L'AGS au secours des entreprises en difficulté », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars 2007, dossier 6.

D. MÉTIN, * « Les revendications patronales pour faire évoluer le contrat de travail à l'abri du contrôle du juge », *Dr. ouvrier* 2008, p. 266.

* « Faut-il un contrôle particulier des licenciements boursiers ? » *Dr. travail*, 2012, p. 73

F. MEYER, * « La société européenne : aspects de droit du travail », *LPA*, 16 avr. 2002, n° 76, p. 7.

* « La place des salariés en Europe communautaire. Synthèse générale » in *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

* « L'intervention des salariés dans le droit économique des restructurations », in *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

* « La responsabilité sociale de l'entreprise. Concept juridique ? », *Dr. ouvrier* 2005, p. 180.

I. MEYRAT, * « Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique », *Dr. ouvrier* 2005, p. 296.

* « Le sort des avantages issus du statut collectif à l'épreuve du principe « à travail égal, salaire égal » », *Dr. ouvrier* 2007, p. 556.

M.-F. MIALON, *Dr. soc.* 1986, p. 94.

L. MILET, * « Transfert d'entreprise et contribution patronale aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise », *RPDS* n° 718, fév. 2005, p. 55.

* « Licenciements économiques et droit des comités d'entreprise après la loi de cohésion sociale » in les dossiers de la *RPDS*, mars 2005, n° 719.

F. MULLER, Etude sur CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-67/96, *Albany et a.*, *AJDA* 2000. 307, *RDSS* 2000. 212,

S. MILLET, * « La contractualisation ne se présume pas ! », *SSL* 2007, n° 1324, p. 13.

* « Les transformations d'emplois, du licenciement à la gestion prévisionnelle », *JCP S*, 31 juill. 2007, n° 31, 1598.

C. MILLET-URSIN, « La révision de régimes et avantages de retraite », *JS Lamy*, n°170, 21 juin 2005, p. 4.

J.-M. MIR, * « Gestion prévisionnelle des emplois ou licenciements collectifs : les difficultés du choix », *TPS* mars 1999, p. 6.

* « Restructuration et consultation du comité d'entreprise : de nouvelles adaptations », *LPA* 31 mars 2005, n° 64, p. 31.

* « Avantages conditionnels du PSE et transaction », *Gaz. Pal.* 2007, n° 275, p. 33.

J.-M. MIR, R. BRIHI et J.-P. LACOMBLE, « Table ronde sur le coemploi », *JCP S* 2013, 1082.

J.-M. MIR et T. DENJEAN, « Sécurisation des parcours professionnels et territoire. L'expérimentation du Pôle de mobilité Isère », *SSL*, suppl. 7 avr. 2008, n°1348, p 47

F. MODERNE, « Le contrôle juridictionnel des propositions de reclassement dans le cadre des licenciements collectifs pour motif économique », *Dr. soc.* 1985, p. 485.

N. MOIZARD, * « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale – précisions sur la notion de licenciement et sur la procédure de licenciement collectif » *RJS* 7/05, p. 503.

* « Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2008, p. 393.

M. MORAND,* « La rupture du contrat de travail lors de l'acceptation d'une convention de conversion », *Dr. Trav.* 1995, n° 10, p. 1, *JCP E* 1994, I, 400.

* « Plans sociaux et procédure collectives », *JCP E.* 1997, n° 41, 691.

* « Variations géométriques de l'article L. 122-12 », *TPS* nov. 2000, p. 5.

* « Dialogue social : réflexions autour de la loi du 4 mai 2004 », », *SSL*, 10 janv. 2005, n° 1197, p. 6.

M.-A. MOREAU,* « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.* 2001, p. 967.

* « Restructurations et comité d'entreprise européen », *Dr. soc.* 2006, p. 313.

* Introduction au dossier restructurations, *Travail et Emploi* n° 109, janv.-mars 2007, p. 7.

* « L'anticipation des restructurations dans l'Union européenne », *SSL*, suppl. du 24 nov. 2008, n° 1376, p. 5.

transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. soc.* 2009, p. 93.

M.-A. MOREAU et J.-J. PARIS, « Le rôle du comité d'entreprise européen au cours des restructurations », *SSL*, suppl. du 24 nov. 2008, n° 1376, p. 33.

M.-A. MOREAU-BOURLES, « Restructurations et relations individuelles de travail », *Dr. soc.* 1989, p. 88.

L. MOREUIL et P. MORVAN, « Cession d'unité de production après liquidation judiciaire et transfert des contrats de travail : un revirement ou une réforme s'impose », *JCP E*, 2004, p. 2060.

M.-L. MORIN, * « Gestion du parcours professionnel du salarié et nouvelles formes d'organisation des entreprises : le rôle du juge », *LPA* 21 avr. 2005, n° 79, p. 13.

* « Les conditions de la sauvegarde de la compétitivité », rapport ss. Cass. soc. 11 janv. 2006 « Pages jaunes » *SSL*, 16 janv. 2006, n° 1244, p. 12.

* « Cession d'une société filiale, responsabilité du cédant et nature du préjudice causé aux salariés », *Dr. ouvrier* 2008, p. 106.

* « L'unité économique et sociale : personnalité morale et qualité d'employeur », *Dr. ouvrier* 2009, p. 117.

P. MORVAN,* « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », *Dr. soc.* 1998, p. 442.

* « Le comité d'entreprise et ses doubles dans le Droit des procédures collectives », *JCP E* 2003, p. 1852.

* « L'article L. 122-12 du Code du travail à l'international », *RJS* 2004, p. 587.

* « Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale » *Dr. soc.* 2005, p. 772.

* « Le droit des licenciements pour motif économique après la loi de cohésion sociale », *TPS* fév. 2005, p. 8.

* « Libérer le départ volontaire pour motif économique » *Dr. soc.* 2005, p. 59.

* « Le *Dr. soc.* dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, p. 1511.

* « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration », *Dr. soc.* 2006, p. 279.

* « Application conventionnelle de L.122-12, et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement », *JCP S* 2006, 1964.

- * « Le détournement de l'expert légal du CE dans les restructurations », SSL, 24 juill. 2006, n° 1271 p. 6.
- * « Le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation », JCP S n°4, 23 janv. 2007, act. 36.
- * « Aspects sociaux de la confidentialité dans les restructurations », Dr. soc. 2010, p. 541
- * « La jurisprudence virale », JCPG 2, 2013
- * « La mode des risques psychosociaux », Dr. soc., 2013, p. 965
- * « L'identification du coemployeur », JCP S 2013, 1438
- * « Les effets du licenciement « sans effet » dans le transfert d'entreprise », Dr. soc. 2013, p. 135.
- * Licenciement pour motif économique Définition du motif économique, Jurisclasseur travail, Fasc. 31-1.
- * Licenciement pour motif économique Procédure, Jurisclasseur travail, Fasc. 31-2
- * Transfert d'entreprise, conditions d'application, Jurisclasseur travail, Fasc. 19-50.
- * « La jurisprudence administrative relative aux licenciements pour motif économique : première ébauche », JCP S 2014, 1108

J.-M. MOULIN, « La participation des salariés à la gestion de la société (le comité d'entreprise actionnaire) », Bull. Joly soc. 2002, p. 571.

J. MOULY, * « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise – Pour dissiper quelques malentendus », Dr. soc. 2007, p. 534.

* « Le changement dans les conditions de travail des salariés protégés à l'aune des jurisprudences judiciaires et administratives », Dr. soc. 2011, p. 1083

P. MOUSSY, « Brefs propos sur le mécanisme légal de sanction de l'absence de plan visant au reclassement de salariés concernés par un projet de licenciement économique collectif », Dr. ouvrier 1994, p. 334 ;

S. NADAL, « Négociation collective et licenciement économique : propos introductif sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail », Dr. ouvrier 2005, p. 303.

C. NEAU-LEDUC, * « Les sanctions de la GPEC », Dr. soc. 2007, numéro spécial « GPEC », p. 1081

* « Les accords sur la « responsabilité sociale de l'entreprise », Dr. soc. 2008, p. 75.

J. NERET, « Procédures de licenciement collectif pour motif économique : mode d'emploi ? », Gaz. Pal., 6 fév. 1997, p. 159.

S. NIEL, « La justice sanctionne les licenciements collectifs », SSL, 1 avr. 1997, n° 833, p. 3.

G. NOTTE,* « Contribution des entreprises à l'équilibre des bassins d'emploi », JCP E 2005, n°37, act. 252.

*« Loi « Florange » n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle », JCP E 2014, act. 269

OCDE, **Perspectives de l'emploi 2010. Les systèmes allemand et français sont toutefois difficilement comparables**

J.-M OLIVIER, « L'impact des transferts sur les normes collectives en vigueur dans l'entreprise » Dr. soc. 2005, p. 743.

P.-H. D'ORNANO, « La consultation du CHSCT en cas d'aménagement important modifiant les conditions de travail », JCP S 2010, 1286.

H. OUAISSI, « Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises », JCP S 2006, 1858.

Y. PAGNERRE, * « La théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail ? », JCP S 2011, 1423

* « Le coemploi à l'épreuve du droit des contrats et du droit processuel : de l'incompétence de l'Administration à reconnaître un coemploi », JCP S 2014, 1263.

* « L'enfer du transfert en cas d'accord de maintien de l'emploi », JCP S 2014, 1328.

J. PAILLUSSEAU, * « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » D. 99, p. 157.

* « Corporate governance (rapport Bouton) », D. 2002, n° 35, p. 2722.

F.-J. PANSIER, * « De quelques immixtions de l'économie dans le Droit du travail », Cahiers sociaux du barreau de Paris 01 juill. 2004, n° 4, p. 24.

* « A propos du transfert d'une entité économique autonome (article L.122-12 du code du travail », Cahiers sociaux du barreau de Paris, n° 167, p. 47.

* « Licenciement pour motif économique », CSBP 2005, n°5, p. 68.

M. PARIENTE, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », Bull. Joly soc. 2002, n° 1, p. 21.

J.-J. PARIS, * « CEE : point de vue d'un praticien face au cas de la restructuration EA », in « Restructurations en Europe », ss. la direction de Marie-Ange MOREAU, suppl. du 24 nov. 2008, n° 1376, p. 44.

J.-J. PARIS et P. MICHAUD, « Culture et gouvernance d'entreprise », in « Restructurations en Europe », ss. la direction de Marie-Ange MOREAU, suppl. du 24 nov. 2008, n° 1376, p. 11.

L. PECAUT-RIVOLLIÉ,* « L'UES a franchi le gué », SSL 2010, n° 1472

* « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », Dr. soc. 2012, p. 469

* « L'instance de coordination des CHSCT », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 302.

* « La détermination des unités de représentation », Dr. soc. 2013, p. 316

S. PELICIER, « L'avantage de retraite : une catégorie sui generis ? », SSL, 2005, n° 1227, p. 7

S. PELICIER LOEVENBRUCK et P.-Y. VERKINDT : * « Loi Borloo Vade-mecum des incidents de procédure (Partie 1), SSL, 2 oct. 2006, n° 1276, p. 6.

* « Loi Borloo Vade-mecum des incidents de procédure (Partie 2), SSL, 9 oct. 2006, n° 1277, p. 4.

J. PÉLISSIER, * « La cause économique du licenciement », RJS 8-9/92, p. 527.

* « Le contrôle des plans sociaux », chronique, RJS, 8-9/94, p.563.

* « La cause économique du licenciement dans la loi votée le 19 déc. 2001 en dernière lecture par l'Assemblée Nationale », *Dr. ouvrier* 2002, p. 145.

R. PENA-CASAS, « Stratégie européenne pour l'employabilité et restructurations », SSL, suppl. du 24 nov 2008, n°1376, p59

J. PEROTTO, « Les conditions de mise en œuvre de la négociation en matière de GPEC », *JCP S*, 19 juin 2007, p. 15.

E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et Droit du travail*, LGDJ, Bibl. de Droit Social, Tome 45, 2008

* « L'appréciation des conditions imposant l'établissement d'un PSE : nouvelle terre d'élection pour l'UES ? », *RDT* 2011, p. 112 ;

P. PETEL, « Groupes de sociétés et plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP E*, 29 mars 2007, p. 33.

F. PETIT, « Le droit à l'accompagnement », *Dr. soc.* 2008, p. 413.

P. PEYRAMAURE, « Vers un droit de la restructuration des entreprises en difficulté », *LPA*, 17 fév. 2006, n° 35, p. 36

A. PHILBERT, « Le droit prétorien du licenciement économique », *Dr. soc.* 1998, p. 35.

G. PICCA,*« L'article L. 122-12 (2°) du code du travail : les limites d'une jurisprudence », *concl. Ss. Ass. Pl.* 15 nov. 1985, *Dr. soc.* 1986, p. 1.

* « La Cour de cassation et les plans sociaux », *JCP éd. E* 1995, n° 30, 478.

* « L'information/consultation du comité d'entreprise en cas de restructuration », *JCP éd. E* 1996, p. 836.

* « La saga du plan social et de reclassement : du judiciaire à l'entreprise », *JCP éd. E* 1997, n° 16, 648.

G. PICCA, et **A. SAURET**, « Sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. », *LPA* 2006, n° 15, p. 3.

E. PICHOT, « La participation des salariés aux organes des sociétés en Europe », *LPA* 16 avr. 2002, n° 76, p. 12.

M.-P. PIOT et O. HAINAUT, « La participation, dans l'UES : un devoir d'anticipation », *SSL* 2008, n° 1353, p. 6.

A. PIROVANO, « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, p. 189.

S. PLANTIN, « L'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stocks options », *JCP E* 2005, p. 524.

J.-M. PLASSARD, « Conséquences des restructurations sur l'emploi », *in Des restructurations et des hommes*, ss. la direction de T. LEMASLE et P.E. TIXIER, Dunod 2000.

B. PLATEL, « Le financement des régimes de protection sociale complémentaire : l'apport du décret du 9 mai 2005 », *Gaz. Pal.*, 30 juin 2005, p. p. 13.

B. PLATEL et B. SERIZAY, « Mise en place d'un régime de prévoyance dans l'entreprise », *JCP E*, 1996, étude 568, p. 279.

M. PLET, « Les acteurs et les outils du contrôle et de la sanction », *Dr. ouvrier* 2002 p. 152.

P. POCHET, « A propos de la dénonciation des usages d'entreprise », *JCP éd. S* 2006, n° 18, p. 6.

D. PORACCHIA, « Secret et confidentialité dans les rapports de travail », *SSL* 2008, n° 1352, p. 27

X. PRETOT, * « Le nouveau contentieux administratif des licenciements pour motif économique », conclusions ss. TA VERSAILLES, 26 janv. 1989, *Dr. soc.* 1989, p.279.

* « Licenciement collectif pour motif économique : reclassement des salariés et contrôle de l'administration », point de vue, *RJS*, fév. 1993, p.87.

* « Licenciement collectif pour motif économique – Le constat de carence du plan social par l'autorité administrative. », *RJS* 4/95, p. 236.

* « Le rôle de l'administration du travail », in *Les licenciements pour motif économique, Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Litec, coll. Droit, tome IX, p. 87.

* « Le Conseil constitutionnel et la Loi de modernisation sociale :-d'une annulation et de quelques réserves d'interprétation... », *Dr. soc.*, mars 2002, n°3, p. 244.

* « De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Dr. soc.* 2005, p. 371.

* « L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative », *Dr. soc.* 2008, p. 316.

J. PRIEUR, « Rapport de synthèse », *Bull. Joly soc.* Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », *Actes du colloque de la faculté de droit de Caen*, 20 nov. 2004, p. 109.

A. QUIN, « Transformation du capitalisme et renforcement des droits de contrôle des actionnaires dans les sociétés cotées : l'approche du droit communautaire », *LPA*, 9 août 2007, n° 159, p. 3.

C. RADÉ,* « Feu la jurisprudence Framatome et Majorette », *Dr. soc.* 2005, p. 386.

* « Restructurations et délocalisations », *Dr. soc.* 2006, p. 289.

* « Garantie de l'AGS et rupture des contrats de travail postérieure au jugement de liquidation », *Dr. soc.* 2007, p. 984.

* « Justification des inégalités salariales et maintien des avantages individuels acquis », *Dr. soc.* 2007, p. 1122

* « Aider les entreprises à mettre en œuvre les instruments de régulation existants », *RDT* 2009, p. 140.

* « Retour sur espèce en voie de disparition : la rupture amiable du contrat de travail », *Dr. soc.* 2009, p. 557.

* « L'anticipation des conséquences sociales d'une fusion », *Lexbase hebdo*, éd. Soc., n° 414, N° LXB N4357BQG

* « La responsabilité civile de l'employeur coupable d'avoir ignoré son obligation de souscrire une assurance groupe garantissant le risque invalidité », *Lexbase hebdo*, éd. soc. n° 565, N° LXB : N1573BUS.

* « De la prétendue intangibilité des avantages de retraite », *Lexbase hebdo*, éd. soc. du 4 juin 2009, N° LXB : N6315BK4

* « Contribution en clair-obscur de la Cour de cassation à l'identification des avantages de retraite », *Lexbase hebdo*, éd. soc. du 2 juin 2011, N° LXB : N3036BSA

* « QPC et licenciement des salariés dont l'entreprise est liquidée : *bis repetita* ! », *Lexbase hebdo*, éd. soc. n° 526, N° LXB N6884BT7.

* « La suprématie du cycle électoral (à propos de quatre arrêts en date du 19 février 2014) : le mieux, ennemi du bien ? », *Lexbase hebdo* éd. soc. 2014, n° 561, N° LXB : N1103BUE ;

* « Un accord collectif peut supprimer des « avantages de retraite » », *Lexbase hebdo*, éd. soc. du 5 juin 2014, N° LXB : N2510BUI.

* « Réformer le Conseil constitutionnel », *Dr. soc.*, oct. 2014, p.785

A. de RAVARAN,* « Négocier les restructurations après la loi du 18 janv. 2005 : aspects pratiques », *Dr. soc.* 2006, p. 298.

* « La GPEC au sein du groupe THALES », *Dr. soc.* n° spécial GPEC de nov. 2007, p. 1086

M. RAVEYRE, *« Restructurations, grands groupes et territoires. De l'utilité de la construction d'espaces de coordination localisés », *Géographie, Economie, Société*, 2005/4, Vol. 7, p. 333–346 ;

* « Nouvelles destabilisations économiques et sociales et action syndicale » *Revue de la CFDT*, nov. dec. 2005, n°74

J-E. RAY, * « Restructuration et statut collectif », *Dr. soc.* 1989, p. 56.

* « Du droit de résiliation unilatérale à la lutte contre l'exclusion », *Dr. soc.* n° spécial Plans sociaux de mai 1994, p. 433.

* « Partage du travail et plan social », *Dr. soc.* n° spécial Plans sociaux de mai 1994, p. 444.

* « Plan social et insécurité juridique », *Dr. soc.* juill. / août 1995, n°7/8, p. 661.

* « De lege non ferenda ... », *Dr. soc.* 2002 p. 237.

* « Droit du travail, droit vivant », 13^e éd., 2004-2005

* « La loi de cohésion sociale : continuité et contournements », *Dr. soc.* 2005 p. 359.

* « Les restructurations après la loi de cohésion sociale », *Liaisons soc. magazine* Fév. 2005, p. 50.

* « Avant-propos – La loi du 18 janvier 2005, continuités et contournements », *Dr. soc.* 2005, p. 359.

* « Pour des restructurations socialement responsables », *Dr. soc.* 2006, p. 250.

* « Anticipation en matière d'emploi et mythes nécessaires », Numéro spécial « Le droit conventionnel du licenciement économique » (1^{ère} partie), ss. la direction de B. BOUBLI, *Gaz. Pal.* du 14 août 2007, p. 4.

* « Protéger l'information, aujourd'hui et demain », *Dr. soc.* 2013, p. 111

P. RAYMOND, « Fusion d'entreprises et fusion des statuts collectifs », *Dr. soc.* 2006, p. 303.

C. REGNAUT-MOUTIER, « **Le salarié, sujet de droit des sociétés ? Propos introductifs** », *Bull. Joly soc. Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés »*, *Actes du colloque de la faculté de droit de Caen*, 20 nov. 2004, p. 3.

F. REILLE, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures*, *Bibl. Dr. entr.*, t. 74, Litec, 2006

J-P. REMERY, « Les seuils dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP éd. G.* 2006, p. 783.

P. REMY, * « Les restructurations appréhendées par le Droit du Travail : réflexions à partir d'une comparaison des Droits Français et Allemands », Séminaire restructuration 2^{ème} séance IRES 18 déc. 2003.

* « Quelle signification donner au droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail ? Réflexions sur le droit français à partir du droit allemand », *Dr. soc.* 2004 p. 155.

* « Transfert du contrat : l'exercice du droit d'opposition en droit allemand », *SSL*, 2 mai 2006, n°1259 p. 6.

P. REMY, M. ZUMFELDE et S. NADALE, « Regards : le chômage partiel », *RDT* 2009, p. 604.

F. RENEAUD, « La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Observations sur une nouvelle cause économique de licenciement des salariés protégés à la suite de la décision du Conseil d'Etat du 8 mars 2008. », *JCP éd. E* 2006, n°39, 2418.

P. RENNES, « D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3 du Code du travail) », *Dr. Ouvrier* 2005, p. 311.

D. RIGAUD, « Etendue et mise en œuvre de la portabilité en matière de prévoyance » *JCP* 2008, 1547 ;

J.-F. RENUCCI, « Réorganisation et restructuration d'entreprise : quel traitement social ? », *Gaz. Pal.* 22 août 2013, n° 230-234, p. 20

M. RIGAUX, « Le Droit du travail, la concurrence sociale et les restructurations : quelques observations d'ordre théorique destinées à proposer une hypothèse de travail », in *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

J.-H. ROBERT, « L'efficacité pénale de la délégation », *Bull. Joly soc.* Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », *Actes du colloque de la faculté de droit de Caen*, 20 nov. 2004, p. 103.

D. ROBINE et J. MAROTTE, « L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés », note ss. *Cass. soc.* 19 avr. 2005, *Métaleurop*, *Rev. Sociétés* 2005, p. 897.

S. ROBIN-OLIVIER, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne », *RDT* 2007, p. 89.

G. RÖDER et J.-G. RECQ, « Restructurations et réductions du personnel en Allemagne », *Dr. soc.*, n° spécial plans sociaux de mai 1994, p. 502.

P. RODIERE,* « Le juge et les appréciations économiques : opposition de deux approches », « Le droit du travail confronté à l'économie », ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p. 125.

* « Pour une droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat », in *Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ?*, *RDT* 2007, p. 216.

* « Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ? », *Dr. soc.* 2007, p. 1014.

U. ROMAGNOLI, « Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail », « Le droit du travail confronté à l'économie », ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p. 7.

P. RONGERE, « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. soc.* 1990, p. 99.

H. ROUILLEAULT,* « Obligation triennale de négocier, où en est-on ? », *Dr. soc.* 2007, p. 988.

H. ROUILLEAULT entretien avec **T. GRUMBACH**, **L. JOLY**, **A. LYON-CAEN** et **T. SACHS**, « La GPEC : au delà du rapport Rouilleault », *RDT* 2007, p. 566.

G. ROULIN et G. KESZTENBAUM, « L'épargne salariale, l'actionnariat salarié et les LBO », *JCP éd. E* 2008, n°11, p. 33.

P. ROUSSEL GALLE et S. VERNAC, « Sites et établissements : maintenir plutôt que fermer ? », *RDT* 2013, p. 233.

R. ROUTIER, « De nouvelles pistes pour la gouvernance ? », *Bul. Joly Sociétés* 2003, p. 611.

- P. de ROZEC**, « Le nouveau contentieux des PSE en pratique », JCP S 2013, 1211.
- T. SACHS et S. VERNAC**, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », RDT, 2014, p 528
- C. SACHS-DURAND**, * « **Rapport de synthèse sur le questionnaire I** », in *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004 p. 173.
- C. SACHS-DURAND**, * « **Rapport français** », in *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004 p. 133.
- J. A. SAGARDOY BENGOCHEA**, « La participation des représentants du personnel dans les licenciements pour causes économiques en Espagne. », Gaz. Pal. 2007, n°275, p. 39.
- C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « La liquidation judiciaire de Metaleurop et l'organisation des groupes de sociétés », Bull. Joly soc. 2005, p. 690.
- Y. SAINT-JOURS**, * « La protection sociale complémentaire d'entreprise », *Dr. soc.* 1992, p. 141.
 * « **Contrôle juridictionnel des plans sociaux** », JCP éd. E 1995, n°31, 710.
 * « **Les principales dispositions de la loi du 19 fév. 2001 sur l'épargne salariale** », *D.* 2001, p. 1179.
- B. SAINTOURENS**, * « Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles régulations économiques », Bull. Joly soc. 2002, p. 7.
 * « La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés », Bll. Joly soc. 2002, p. 461
 * « Le principe de la direction salariée », Bull. Joly soc. Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », Actes du colloque de la faculté de droit de Caen, 20 nov. 2004, p. 62.
- T. SALOME et G. BORDIER**, « Restructurations juridiques et épargne salariale : mesurer et anticiper les conséquences de ces opérations », Cahiers de droit de l'entreprise 2010, n° 5, dossier 26 ;
- B. SALMON**, « La norme conventionnelle et le droit de la santé et sécurité au travail. *Regard d'un praticien* » SSL Suppl., 8 déc. 2014, n°1655, p 65
- F. SARAMITO**, « Les licenciements économiques au fil... des lois », *Dr. Ouvrier* 2005, p. 281.
- P. SARGOS**, * « Les droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G*, 2001, p. 2135.
 * « Conditions d'annulation d'une procédure de licenciement pour motif économique », *Rev. jur. de l'éco. pub.* 2012, n° 700, comm. 45
- A. SAURET**,* « La gestion prévisionnelle de l'emploi : aspects juridiques », *Dr. soc.* 1992 p. 253.
 * « Licenciements économiques et plans de reclassement ou l'efficacité de la loi Aubry en jeu », *LPA*, 21 nov. 1994, n° 139, p. .
 * « Les difficultés économiques et leurs conséquences sur els contrats de travail », *LPA*, 18 oct. 1995, n°125, p. 23.
 * « **L'ingénierie des plans sociaux** », *Gazette du palais* 6 Fév. 1997, p. 168.

- * « L'épargne salariale : une architecture complexe mais cohérente », LPA, 22 fév. 2001, n°38, p. 4
- * « Le plan de sauvegarde de l'emploi », in La réforme du licenciement pour motif économique, SSL, 23 juill. 2001, n°1038, p.20.
- * « Le plan de sauvegarde de l'emploi », LPA 2002, n° 15, p. 45.
- * « Les modalités négociées de l'article 2 de la loi du 3 janv. 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique », LPA 13 Oct. 2003, n° 204 p. 3
- * « Les aspects innovants des lois Fillon I portant réforme de la négociation collective en matière de licenciement économique, et Fillon II relative aux salaires au temps de travail et au développement de l'emploi », LPA 20 Nov. 2003 n°232 p. 5
- * « Le développement de la participation et de l'actionnariat salarié : quelques réflexions sur un projet porteur », LPA, 20 juin 2006, n°122, p. 5
- * « Les dividendes du travail », LPA, 8 fév. 2007, n°29, p. 4
- * « Les critères de l'ordre des licenciements », Numéro spécial « Le droit conventionnel du licenciement économique » (1^{ère} partie), ss. la direction de B. BOUBLI, Gaz. Pal. du 14 août 2007, p. 42.

N. C. SAUVAGE et M. DELMOTTE, « Aux obligations de reclassement, les employeurs peu reconnaissants », SSL 2013, n° 1585.

J. SAVATIER, « **Ordre des licenciements et motifs réels et sérieux de licenciement** », **Dr. soc. 1987, p. 498.**

- * « Le sort des institutions représentatives du personnel après une restructuration d'entreprise », Dr. soc. 1989, p. 39
- * « **Jurisprudences récentes** », **Dr. soc. 1989, p. 77**
- * « **La portée des engagements pris par l'employeur dans le cadre d'un plan social lors d'un licenciement collectif** », **Dr. soc. 1990, p. 803.**
- * « Cession d'entreprise et statut collectif des salariés », Dr. soc. 1993, p. 156 ;
- * « L'accord de substitution à un accord collectif ayant fait l'objet d'une dénonciation », Dr. soc. 1995, p. 178.
- * « Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales », Dr. soc. 1996, p. 330.
- * « Ordre des licenciements et motif et réel et sérieux des licenciements », Dr. soc. 1996.
- * « La disponibilité d'un emploi en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité de réembauchage », Dr. social 1999, p. 146.
- * « Une extension contestable de la notion d'activités sociales et culturelles des comités d'entreprise », RJS 3/99, p. 199.
- * « L'engagement de ne pas licencier certains salariés souscrit par un employeur dans une convention d'allocations spéciales FNE », Dr. soc. 1999, p. 671.
- * « **La cessation d'activité de l'entreprise, motif économique de licenciement** », **Dr. soc. 2001, n°4, p.413.**
- * « **La violation d'un engagement sur le maintien d'un volume d'emplois pris lors de la consultation du Comité d'Entreprise sur un projet de restructuration** », **Dr. soc. 2004 p. 166.**

M. SCHLEY, « **Le licenciement collectif pour motif économique en droit allemand** », **Dr. soc. 2003, p. 522.**

J.-C. SCIBERRAS, « **Naissance d'une loi : l'« amendement Aubry » sur les plans sociaux.** » **Dr. soc.**, numéro spécial « **Plans sociaux** », de mai 1994, p. 482.

M. SCHEIDT : « **L'annulation d'un plan social entraîne celle des licenciements** », **RPDS, 1997, p. 91**

D. SCHMIDT, « Prolégomènes », *BJS* 2004, p. 469.

J.-E. SCHOETTL, « La loi « pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social » devant le Conseil constitutionnel. », *LPA* 2007, n° 29, p. 37.

SCP SUTRA CORRE ET ASSOCIES, « Négocier les procédures », in « L'information et la consultation du comité d'entreprise lors des restructurations d'entreprises », suppl. *SSL* n° 1380 du 22 déc. 2008, p. 31.

A. SCHWEITZER et J.-J. PARIS, « L'expertise à l'épreuve des restructurations », *Dr. soc.* 2006, p. 341.

F. SENERS, « Article L ; 122-12 : reprise des clauses salariales par les collectivités publiques », conclusions de commissaire du gouvernement, avis du CE 21 mai 2007, *Dr. soc.* 2007, p. 969.

B. SERIZAY, * « Retraite supplémentaire », *JCP E*, 1996, étude 568, p. 283.

* « Droit du travail et droit de la protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 1998, p. 1023.

* « Mise en place et modification d'un régime de protection sociale complémentaire », *TPS* nov. 1999, p. 6.

* « Le renouveau des retraites chapeau », *Dr. soc.* 2003, p. 977.

* « La gestion financière de la prévoyance d'entreprise », *Gaz. Pal.* 2007, n°186, p. 3.

* « La portabilité des droits de protection sociale », *SSL* 2008, n° 1366, p. 8 ;

E. SERVERIN, « Quels droits pour quel risque de contentieux ? », *RDT* 2009, p. 208.

S. SIGNORETTO, « Des accords s'entreprise conclus en cas de difficultés économiques », *RPDS* 2003, n° 696 p. 113.

S. SIMITIS, « Un débat international », in « Le droit du travail confronté à l'économie », ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p. 145.

J.-D. SIMONPOLI, « Apports et risques du projet de loi sur l'épargne salariale en France », « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. *SSL* 14 mai 2001, n°1028, p. 75.

R. SJOSTRAND, « Le point de vue de la confédération européenne des syndicats », « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. *SSL* 14 mai 2001, n°1028, p. 60.

A. SOBCZAK, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis », *Dr. soc.* 2002, p. 806.

J.-P. SOISSON, « Les restructurations industrielles : un enjeu économique et social » *Dr. soc.* 1989 p. 2.

J.-P. SORTAIS, « Les attraites de la liquidation-cession », *LPA* 14 juin 2007, n° 119, p. 28

R. SOUBIE, « L'actionnariat salarié : beaucoup plus qu'un simple instrument d'épargne salariale », *LPA*, 22 fév. 2001, n°38, p. 35.

P. SOULIER, * « Les restructurations : le rôle du comité d'entreprise : aspects pratiques » *Dr. soc.* 1989 p. 35.

* « A propos des plans sociaux », *in* Les licenciements pour motif économique, *Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Litec, coll. Droit, tome IX, p. 47.

M-A. SOURIAU-ROTSCHILD, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.* 1997 p. 1061.

J-M. SPORTOUCH, « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaires », *Dr. soc.* 92, p. 787.

M. STEPHAN et J. WEINGARTEN, « Les conditions de mise en œuvre d'une revitalisation sur un territoire », « Restructurations en Europe », SSL la direction de Marie-Ange MOREAU, suppl. du 24 nov. 2008, n°1376, p. 75.

J-P. STORCK, « Présentation de la société européenne : aspects de droit commercial », LPA 16 avr. 2002, n° 76, p. 3

Y. STRUILLOU, * « L'administration du travail et la Loi de modernisation sociale », *Dr. soc.*, mars 2002, n°3, p. 342.

V. STULZ, « Ne pas confondre reclassement et priorité de réembauchage », SSL, 31 janv. 2005, n°1200 p. 8.

A. SUPLOT, * « Le contrôle prud'homal des licenciements économiques », chronique, *Dr. soc.*, mars 1987, n°3, p. 268.

* « Déréglementation des relations de travail et auto réglementation de l'entreprise » *Dr. soc.*, 1989 ; p. 195.

* « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.* 1992, p. 215.

* « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Dr. soc.* 2005, p. 1087.

* « Les salariés ne sont pas à vendre (En finir avec l'envers de l'article L. 122-12, alinéa 2) », *Dr. soc.* 2006, p. 264.

C. TAILLANDIER, « Chronique des premiers jugements des tribunaux administratifs sur les PSE », SSL 2014, n° 1623.

V. TANDEAU DE MARSAC et O. GUINARD, « Participation et actionnariat salarié : un pas en avant ou un pas en arrière ? », *Bull. Joly Bourse* 2007, p. 161.

F. TAQUET, « Brèves réflexions sur les nouvelles dispositions relatives au contenu du plan social », *JCP E* 1994, n°3, p. 37.

Y. TARASEWICZ, * « Le nouvel article L. 321-46 du code du travail améliore t'il vraiment la sécurité juridique ? », SSL *Suppl.* 26 déc. 2005 n° 1242 p. 37.

* « Il y a place pour des plans de sauvegarde de l'emploi sans mesures de reclassement », *RDT* 2009, p. 285.

I. TARAUD, « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Dr. soc.* 2013, p. 121.

G. TEBOUL,* « Le plan de cession : actualité. », *Gaz. Pal.* 2003, n° 186, p. 2.

* « Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté ? », *LPA*, 2 janv. 2008, n° 1, p. 7.

A. TEISSIER,* « L'obligation de reclassement dans le groupe », *JCP éd. E* 2000, p. 1606.

* « Sur le caractère d'ordre public de l'article L. 122-12 du code du travail », *TPS* mai 2000, p. 4.

* « Les comités d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », *RJS* 12/04, p. 863.

* « L'implication des salariés dans la société européenne : la loi de transposition française du 26 juill. 2005 (loi pour la confiance et la modernisation de l'économie), *LPA*, 17 nov. 2005, n° 229, p. 63.

* « L'implication des salariés dans la société européenne : la constitution du groupe spécial de négociation, approche de droit comparé », *JCP S.*, n°5, 31 janv. 2006, p. 19.

* « Le congé de mobilité », Numéro spécial « Le droit conventionnel du licenciement économique » (1^{ère} partie), ss. la direction de B. BOUBLI, *Gaz. Pal.* du 14 août 2007, p. 32.

* « Les transition professionnelles », *SSL*, suppl. 7 avr. 2008, n°1348, p 61

* : « Le temps dans la procédure de consultation en cas de PSE », *JCP S* 2013, 1259

B. TEYSSIÉ, * « Les restructurations : le rôle du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 23.

* « Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique », *JCP. Editions G* 1996, I.3902

* « La priorité de réembauchage » *Gazette du Palais*, 6 Fév. 1997, p. 180.

* « Sur le droit de licenciements pour motif économique », in *Les licenciements pour motif économique, Actes du XIII^{ème} colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Litec, coll. Droit, tome IX, p. 21.

* « Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail », in « révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail », *LITEC* 97 p. 75 et s., spec. p. 86

* « Les conventions et accords collectifs de groupe », *LPA* 14 mai 2004, n° 97, p. 59

* « Libres propos sur quelques mots », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec 1999, p. 807.

* « L'intérêt de l'entreprise, aspects de Droit du travail », *Recueil Dalloz*, 2004, n° 24 p. 1680.

* « A propos d'une négociation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail », *Dr. soc.* 2005, p. 377.

* « Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », *Dr. soc.* 2005, p. 643.

* « La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement » *Dr. soc.* 2005, p. 45.

* « Délocalisation d'entreprise et relations collectives de travail », *Dr. soc.* 2005, p. 759.

* « Les accords relatifs à l'implication des salariés dans les sociétés coopératives européennes », *JCPO éd S* 2006, n°6, p. 3.

H. THIEBAULT, « L'employeur et le juge », *Dr. soc.* 1997, p. 133.

P. THOMAS et V. HAMEL, « Les honoraires des du comité d'entreprise et du CHSCT », *JCP S* 2013, 1405.

P. TILLIE, « Droits liquidés dans le régime AGIRC : la nature du droit à retraite et la sécurité juridique en question », *Dr. ouvrier* 2000, p. 41.

TIXIER et LEMASLE, « Les restructurations d'une conception réparatrice à une conception anticipatrice », in *Des restructurations et des hommes*, Dunod.

S. TOURNAUX, * « L'émancipation de l'unité économique et sociale », Lexbase hebdo, éd. soc., n° 549, du 28 nov. 2013

« Agent public détaché et règles relatives au transfert du contrat de travail », Lexbase hebdo éd. soc. 2014, n° 568, N° LXB : N1968BUG.

* « Le licenciement « de fait » du salarié protégé transféré sans autorisation administrative », Lexbase hebdo éd. soc., du 3 juil. 2014, N° LXB : N2960BU8 ;

* « Les conséquences de l'annulation d'un accord de substitution... suite ! », Lexbase hebdo, éd. soc., n° 303, N° LXB 8814BE8.

H. TOURNIQUET,* « Les temps de l'appréciation des motifs », Dr. Ouvrier 2005, p. 288.

* « Jurisprudence *Framatome-Majorette* : à quoi joue le législateur ? », Dr. ouvrier 2007, p. 160.

J.-E. TOURREIL, « L'UES n'est pas le cadre de l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi », JSL 2009, n° 252

* « Les conditions d'élaboration doivent s'apprécier au niveau de l'UES », JSL 2011, n° 291

F.-G. TREBULLE,* « Le contrôle de la direction salariée », Bull. Joly soc. Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », Actes du colloque de la faculté de droit de Caen, 20 nov. 2004, p. 68.

* « Stakeholders Theory et droit des sociétés (première partie) », Bul. Joly Sociétés 2006, p. 1337.

* « Stakeholders Theory et droit des sociétés (deuxième partie) », Bul. Joly Sociétés 2007, p. 7.

* « Entreprise et développement durable », JCP éd. E 2007, n°31, 1989.

J.-L. TRIBOULET, « Les mesures d'accompagnement des licenciements pour motif économique (mesures externes) », Dr. soc. 1992, p. 780.

D. TRICOT, « La confusion des patrimoines et les procédures collectives », Rapp. C. cass. 1997, La doc. fr., 1998, p. 168 ;

Q. URBAN, * « Le licenciement pour motif économique et le groupe », Dr. soc. 1993, p. 272.

* « Le juge et le parcours professionnel du salarié dans le groupe », LPA 2005, n°79, p. 23.

* « La protection juridique incertaine des salariés dans une procédure collective transfrontalière », JCP G, 2006, p. 545.

* « Compétitivité et évolution du droit français des sociétés », LPA, 17 août 2006, n°164, p. 27

* « Gouvernance d'entreprise : les leçons de la jurisprudence en droit des sociétés commerciales », Dr. ouvrier 2008, p. 215.

F. VACCARO, * « L'obligation de reclassement modelée par le Conseil d'Etat », SSL 15 Mars 2004 n°1160 p. 12.

* « Quand le PSE est modifié en fin de procédure », SSL, 24 janv. 2005, n°1199, p. 14.

* « Le transfert du contrat s'impose au salarié », SSL, janv. 2003, p. 10.

* « Du sort du CHSCT en cas de fusion-absorption », SSL, 17 juill. 2006, n°1270 p. 12.

* « Réorganisation : quand le comité d'établissement n'a pas la parole », SSL, 24 juill. 2006, n°1271 p. 11.

* « Les enjeux d'un accord de GPEC », SSL 22 janv. 2007, n°1291, p.14.

* « Cadre d'appréciation des difficultés économique : Vidéocolor à rebours... », SSL, 7 janv. 2008, n°1335 p. 13.

G. VACHET, « Restructurations et cotisations légales », Dr. soc. 1989, p. 100.

J. VALLANSAN, « Délégation de pouvoir du salarié et représentation de la société », Bull. Joly soc. Numéro spécial juil. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », Actes du colloque de la faculté de droit de Caen, 20 nov. 2004, p. 94.

J.-P. VALUET, « Le salariés optionnaire ou bénéficiaire de stock options. », Bull. Joly soc. Numéro spécial juil. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », Actes du colloque de la faculté de droit de Caen, 20 nov. 2004, p. 14.

F. VAN DEN BULCKE, « La participation en Europe : le point de vue des entreprises », « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. SSL 14 mai 2001, n°1028, p. 68.

I. VAN DEN BURG, « L'actionnariat salarié : les enjeux et les défis », in « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. SSL 14 mai 2001, n° 1028.

P.-F. VAN DER HEIDJEN : « Plans d'actionnariat des salariés et modèles de management actuellement à l'étude aux Pays Bas », in « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. SSL 14 mai 2001, n° 1028, p. 50

R.-M. VAN LERBERGHE, « Introduction », Dr. soc. n° spécial Plans sociaux de mai 1994, p. 435.

M. VAN REEPENBUSCH, Dr. soc. 2003, p. 860, n° 32

R. VATINET,* « Plans social et droits individuels des salariés licenciés pour motifs économiques », Dr. soc. 1991, p. 671.

* « La société anonyme et ses salariés. Essai de problématique », Rev. Société 2000, p. 161, spécialement p. 168.

* « De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ? », Dr. soc. 2002, p. 286.

* « Sur la place faite par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juill. 2005 », JCP éd. S 2005, n° 15, Etude 1230.

* « Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application », JCP éd. S 2006, n° 11, Etude 1205

* « Développement de l'actionnariat salarié », JCP éd. S, 23 janv. 2007, p. 11.

* « Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés », JCP S, 6 fév. 2007, p. 9.

* « Nouveaux cadres juridiques pour des parcours professionnels diversifiés », JCP S 2007, n° 9, 1131.

* « Le droit d'opposition dans les relations de travail », LPA 2007, n°68, p. 40.

* « L'accord de méthode en quête de cohérence », LPA 2007, n° 226, p.10.

* « L'accord de méthode en quête de cohérence », Numéro spécial « Le droit conventionnel du licenciement économique » (1^{ère} partie), ss. la direction de B. BOUBLI, Gaz. Pal. du 14 août 2007, p. 10.

* « LFSS pour 2008 : institution d'une contribution patronale et salariale sur les *stock-options* et les attributions d'actions gratuites », JCP éd. S 2008, n°35, p. 35.

* « Sur le devenir des contentieux des PSE », JCP S 2013, 1210.

F. VERGNE, « Gestion du personnel. Prévoir et anticiper plutôt que licencier. », Gaz. Pal. 1996, p. 1339.

M. VERICEL, « Le plan de sauvegarde de l'emploi : acte normatif original », Dr. soc. 2005, p. 976.

* « Le sort des engagements unilatéraux en cas de conclusion postérieure d'un accord collectif », Dr. soc. 2010, p. 1092 ;

P.-Y. VERKINDT,* « Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ? », Dr. soc., n° spécial plans sociaux de mai 1994, p. 464

* « Le contrôle judiciaire des licenciements », in Les licenciements pour motif économique, Actes du XIII^{ème} colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997, Litec, coll. Droit, tome IX, p. 123.

* « L'ordre des licenciements », chronique, RJS 12/97, p.811.

- * « De la consultation à la négociation : question de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 321.
- * « L'ordre des licenciements après la loi de modernisation sociale », *Gaz. Pal.* 2002, n° 264, p. 22.
- * « L'incidence des transferts d'entreprise sur les instances de représentation du personnel » *Dr. soc.* 2005, p. 752.
- * « Le droit au logement et la GPEC », Numéro spécial « Le droit conventionnel du licenciement économique » (1^{ère} partie), ss. la direction de B. BOUBLI, *Gaz. Pal.* du 14 août 2007, p. 21.
- * « Sécurisation des parcours professionnels et mobilité dans l'entreprise », *SSL*, suppl. 7 avr. 2008, n°1348, p 35
- * « Le traitement social des restructurations et réorganisations d'entreprises : l'impératif, de protection de la santé des travailleurs », *Gaz. Pal.* 2013, n° 234, p. 16
- * « Quand les conditions de travail s'invitent dans la sécurisation de l'emploi. Le CHSCT et l'instance de coordination dans la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 », *Dr. soc.* 2013, p. 726
- * « Le rôle de l'administration dans les PSE », *JCP S* 2013, 1209

J. VERMEIL, « Restructurations et protection sociale : les problèmes vis-à-vis de l'AGIRC », *Dr. soc.* 1989, p. 121.

S. VERNAC, « **Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde** », *RDT* 2007, p. 434.

T. VIALA, « **La mobilité et la rupture négociée** », *Gaz. Pal.* 2007, n° 275, p. 29.

C. VIET, « le rôle de l'état dans l'anticipation et l'accompagnement des mutations économiques », *LPA*, 20 Nov. 2003, n°232 p. 13.

X. VINCENT, « La théorie prétorienne des périodes de garantie d'emploi, après dix ans de jurisprudence », *RJS* 2/09, p. 91.

P. VIVIEN, « Quelques réflexions sur la mise en œuvre de la GPEC », *Dr. soc.* n° spécial GPEC de nov. 2007, p. 1093.

P. VIVIEN et P. PREVOSTEAU, « Les procès-dures de licenciement économique : un droit protecteur ou contreproductif ? », *Dr. soc.* 2013, p. 223

B. VIVIER, « Les perspectives de l'actionnariat salarié », « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. *SSL* 14 mai 2001, n°1028, p. 80.

C. VOISIN, « Le contrat un mécanisme de coordination des activités économiques incomplet mais efficient », in « Contrat ou institution : un enjeu de société », ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 160

P. WAQUET, * « **L'employeur a-t-il le choix de réintégrer le salarié protégé « dans son emploi » ou dans un emploi équivalent** ? », rapport ss. *Cass. soc.* 24 janv. 1990, *Dr. social* 1990, p. 328.

* « **Le juge judiciaire et les plans sociaux** », *Dr. soc.*, n° spécial plans sociaux de mai 1994, p.473.

* « **Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique** », *Dr. soc.*, 1995, p. 482.

* « **Le juge et l'entreprise** », *Dr. soc.*, mai 1996, p. 472.

* « **Les plans sociaux** », *RJS* 5/96, p. 303.

* « **Modification des contrats de travail et plan social** » Rapport ss. *Cass. soc.* 3 déc. 1996, Majorette et Framatome, *Dr. soc.* 1997, p.18.

- * « A propos du contrôle judiciaire », *in* Les licenciements pour motif économique, *Actes du XIIIème colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997*, Litec, coll. Droit, tome IX, p. 149.
- * « Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1998, p. 62.
- * « Les licenciements économiques autorisés par le juge consulaire », *Liaisons soc.*, le mensuel, juin 1998, p. 68.
- * « A propos des directives 77/187 du 14 Fév. 1967, et 98/50 du 29 Juin 1998 sur les transferts d'entreprise », *Gazette du palais* 23 Nov. 2000, n° 328, p. 15.
- * « Quelques réflexions sur l'arrêt SAT en particulier et sur le licenciement économique en général », *RJS* 7/01, p. 567.
- * « Le licenciement économique dans la Loi de modernisation sociale », *Dr. soc.*, mars 2002, n°3, p. 264.
- * « Le droit du travail et l'économie à la Cour de cassation. L'exemple du licenciement pour motif économique », « Le droit du travail confronté à l'économie », ouvrage ss. la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, p. 115.
- * « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 2007, p. 175.

E. WARGON et J.D. COMBREXELLE, « La loi de sécurisation de l'emploi : point sur l'encadrement des licenciements collectifs », *JCP S* 2013, act. 432

E. WASMER et J. VON WEIZSACKER, « Le fonds européen d'ajustement à la mondialisation : pour quoi faire ? », *Revue de l'OCDE* 2007, n° 102.

C. WEBER, « Le salarié, organe de direction : le modèle allemand », *Bull. Joly soc.* Numéro spécial juill. 2005 « Le salarié sujet de droit des sociétés », *Actes du colloque de la faculté de droit de Caen*, 20 nov. 2004, p. 54.

P. WILKE, « Participation financière et cogestion », « L'actionnariat des salariés en Europe », suppl. *SSL* 14 mai 2001, n°1028, p. 36.

J-P. WILLEMS, « De la professionnalisation au droit de la compétence », *Dr. soc.* 2004, p. 509.

C. WILLMANN, * « Qu'est-ce qu'un plan social ? Les contributions récentes de la jurisprudence », *TPS* oct.1999, p. 4.

* « Plan sociaux : perspectives de droit international et communautaire », *LPA* 2001, n° 108, p. 4.

* « Portalis et le droit à l'emploi. – A propos de la réforme des aides à l'emploi et contrats aidés par les lois n°2005-841 et 2005-882, décrets n°2005-914, 2005-916 et 2005-905 et arrêté du 2 août 2005 », *JCP éd. S.* 2005, n°11, 1119.

* « Convention spéciale du Fonds national pour l'emploi : distribution des compétences », *JCP éd. S.* 2006, n°43, 1856.

* « Chômage partiel et APLD : un ensemble complexe, très réformé et perfectible », *Dr. soc.* 2013 ;

* « Recherche d'un repreneur en cas de fermeture d'un site : une nouvelle obligation, au champ d'application très restreint, et pratiquement pas sanctionnée », *Lexbase hebdo*, éd. soc. 2014, n° 566, N° LXB : N1715BU3.

* « Homologation du PSE : les premiers contentieux depuis la loi de sécurisation de l'emploi », *Lexbase hebdo éd. soc.*, du 8 mai 2014, N° LXB : N2116BUW.

J. WINTER et B. SERIZAY, « Les régimes à prestations définies et le principe de l'achèvement de la carrière dans l'entreprise », *JCP E*, 10 fév. 2005, p. 228.

F. WISMER, « Le caractère collectif de la protection sociale d'entreprise en débat », *SSL*, 12 mars 2007, n°1298, p. 7.

* « Clause de désignation – De quelques problèmes à régler au préalable... », *SSL* 2013, n° 1580 ;

WURTH, « Les licenciements collectifs en Allemagne », *Gazette du palais* 6 Fév. 1997, p. 191.

E. WYMEERSCH, « La *corporate governance* dans le nouveau droit belge », in *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1115.

F. ZENATI, « Rendre le prolétaire propriétaire et l'ouvrier boursicoteur ... », *RTD Civ.* 1987, p. 182.

M. ZUMFELDE, « Rapport allemand » in *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 191 et p. 250.

IV SITES INTERNET :

Administrations de la France	www.admifrance.gouv.fr
Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT)	www.anact.fr
Assemblée nationale	www.assemblee-nationale.fr
Association nationale des directeurs des ressources humaines	www.andrh.fr
Association pour l'emploi et les cadres	www.apec.asso.fr
Centre INFFO (Formation professionnelle continue)	www.centre-inffo.fr
Centre des jeunes dirigeants d'entreprise	www.cdj.net
Chronique ouvrière	www.chronique-ouvriere.fr
Commission nationale informatique et libertés (CNIL)	www.cnil.fr
Confédération française de l'encadrement Confédération générale des cadres (CGC)	www.cfecgc.org
Confédération française démocratique du travail (CFDT)	www.cfdt.fr
Confédération générale du travail (CGT)	www.cgt.fr
Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME)	www.cgpme.fr
Confédération internationale des syndicats libres	www.icftu.org
Confédération syndicale internationale (CSI)	www.ituc-csi.org
Conseil constitutionnel	www.conseil-constitutionnel.fr
Conseil de l'Europe	www.coe.int
Conseil économique et social social.fr	www.conseil-economique-et-social.fr

Cours de cassation	www.coursdecassation.fr
Cour de justice de l'Union européenne	www.curia.eu.int
Dalloz	www.editions-dalloz.fr
Force ouvrière (FO)	www.force-ouvriere.fr
HALDE	www.halde.fr
Inspection générale des affaires sociales	www.igas.gouv.fr
Institut Montaigne	www.institutmontaigne.org
Institut de recherche économique et social (IRES)	www.ires-fr.org
Institut nationale de la statistique et des études économiques (INSEE)	www.insee.fr
Journal officiel de la république française	www.journal-officiel.gouv.fr
Juris classeur / LexisNexis	www.lexisnexis.fr
La Documentation française www.ladocumentationfrancaise.fr	
Législation française	www.legifrance.gouv.fr
Législation européenne	www.eur-lex.europa.eu
Liaisons sociales / Semaine sociale Lamy	www.wkf.fr
Ministère du travail	www.travail-solidarite.gouv.fr
Mouvement des entreprises de France (MEDEF)	www.medef.com
Observatoire citoyen de l'activité parlementaire	www.nosdeputes.fr
Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)	www.oecd.org
Organisation internationale du travail (OIT)	www.ilo.org

Pôle emploi

www.pole-emploi.fr

Institut d'études politiques

www.sciencespo.fr

Sénat

www.senat.fr

Union européenne

europa.eu

INDEX

A

A travail égal, salaire égal : 162, 229, 894, 903, 929

Abus de droit : 359, 455

Accords atypiques : 906, 926

Accord de maintien de l'emploi

- conclusion : 199 et s.
- contrôle : 241 et s.
- effets : 222 et s.
- objet : 212 et s.
- sanctions : 245 et s.

Accord de méthode : 150, 251, 261 et s., 444

Accord de mobilité interne

- contenu : 160 et s.
- contrôle judiciaire : 182 et s.
- mise en œuvre : 168 et s.
- négociation : 154 et s.
- refus du salarié : 177, et s.

Accord de participation : 924 et s, 934

Accord d'intéressement : 935

Activité partielle

- conditions de recours : 825 et s.
- information des représentants du personnel : 828
- autorisation préalable : 829 et s
- situation des salariés : 834 et s
- indemnisation : 838
- situation de l'entreprise : 839 et s

Adaptation des salariés

- obligation préalable au licenciement pour motif économique 365 et s.
- limite 366
- sanction 366 et s.

AGIRC, ARRCO : V. Retraite complémentaire

AGS 733 et s.

- créances couvertes 735 et s.

- plafonds 747 et s.

Autorisation administrative de licenciement (salariés protégés) 464, 575

Avantages individuels acquis 897 et s.

B

Base de données économiques et sociales 131, 203 et s., 254.

Bassin d'emploi 16, 46, 87 et s., 134, 147 et s., 506, 533 et s., 622, 776, 806, 844, 847, 854 et s.

Bilan de compétences 134, 139, 140, 151, 166, 177, 234, 593, 779, 807 et s., 815, 835

Bilan économique, social et environnemental 509, 580

C

Cause réelle et sérieuse de licenciement (pour motif économique)

- cause économique 307 et s.
- effet sur l'emploi 344 et s.
- motif *sui generis* (accords de maintien de l'emploi/de mobilité interne) 179, 186, 230, 238, 288, 304, 345
- contrôle 310 et s., 327 et s., 333
- sanction 358 et s.

Cessation d'activité de l'entreprise 330 et s.

Cessation des paiements 90, 108, 201, 341, 539, 541, 554, 567, 580, 737, 768.

Cession d'entreprise, V. Transfert d'entreprise

Chômage partiel V. Activité partielle

CHSCT (consultation) 428 et s.

Clause de conscience des journalistes 703

Clause de désignation 43, 960

Clause pénale 216, 245 et s.

Coemploi/Coemployeur 107, 336 et s., 343, 383, 568, 752, 754, 795

Comité central d'entreprise

- consultation 420, 425, 454, 460, 590
- sort en cas de restructuration 1001, 1003, 1010, 1012

Comité de groupe 948

Comité de la société coopérative européenne V. Comité de la société européenne

Comité de la société européenne 1022 et s.

Comité d'entreprise

- information/consultation 192 et s., 200, 206, 235, 253, 249 et s., 444 et s., 511 et s., 540, 548 et s., 555 et s., 576, 582 et s., 909, 915, 919, 949, 953, 967

- mise en place 1010, 1012, 1030
- suppression 1026
- patrimoine (sort en cas de restructuration) 1044 et s.

Comité d'entreprise européen 461, 1018 et s.

Comité d'établissement 460, 1003, 1010

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail V. CHSCT

Confidentialité 56, 132, 455, 509, 514

Congé de mobilité 820 et s.

Congé de reclassement 820

Contrat de sécurisation professionnelle 802 et s.

Convention de forfait 673

D

Délégation de pouvoirs 673

Délégués du personnel

- consultation 420
- mission de suppléance 426, 456

Délégués syndicaux

- désignation 1030
- suppression 1004, 1013, 1028

Dénunciation

- accord collectif 624, 931, 963, 969 et s.
- accord référendaire 965, 967
- engagement unilatéral 914, 965, 967
- usage 914

Départ volontaire (plan de) 762 et s.

Difficultés économiques ou financières de l'entreprise 307 et s.

Dirigeant de fait 341, 570, 571

Discrimination 104, 558, 633, 811, 951, 1004

Droit d'opposition au transfert du contrat 699 et s.

E

Engagement unilatéral de l'employeur

- dénonciation 914, 965, 967
- accord postérieur ayant le même objet 918 et s.

Épargne salariale (V. Participation, intéressement, plan d'épargne entreprise)

Établissement distinct

- reconnaissance 1002
- perte de la qualité d'établissement distinct 1005 et s.

Étude d'impact social et territorial 857, 858

Expert agréé 437 et s.

Expert-comptable 205, 256, 444, 447, 453 et s.

F

Faute de gestion 330, 570

Fermeture d'établissement

- recherche d'un repreneur 497 et s.
- sort de la représentation du personnel 1007
- sort du patrimoine du comité d'entreprise 1045 et s.

Fermeture définitive de l'entreprise (V. cessation d'activité)

Fonds européens d'ajustement à la mondialisation (FEM) 848

Fonds national pour l'emploi (Convention du -) 841

G

Garantie de paiement des salaires (V. AGS)

Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) 60, 87, 88, 95, 96, 104, 119 et s.

H

Homologation/Validation (projet de grand licenciement collectif) 275 et s., 472 et s.

I

Information des représentants du personnel (V. CHSCT, comité d'entreprise, comité d'entreprise européen)

Injonction administrative 436, 461, 470, 486, 515, 595, 601, 604

Insuffisance d'actif 570

Instance de coordination des CHSCT

Institutions représentatives du personnel (V. comité d'entreprise, comité d'établissement, comité central d'entreprise, CHSCT, délégués du personnel, comité de groupe)

Intangibilité (Principe d'- des pensions liquidées et des avantages retraite) 969
Intéressement 729, 738, 742, 873, 920, 921, 926,, 927, 929 et s.

J

Journaliste 703

L

Légèreté blâmable : 307

Liberté d'entreprendre : 960 et s

Licenciement pour motif économique :

- cessation d'activité : 330 et s
- difficultés économiques : 307 et s
- mutations technologiques : 317
- sauvegarde de la compétitivité : 320 et s.

Liquidation judiciaire : V. procédures collectives

M

Mise en cause : 876 et s

Mobilité (V. accord de mobilité, congé de mobilité): 141 et s., 147, 148, 151, 153 et s., 337, 387 et s., 417, 435, 441, 481, 631, 776, 778, 779, 788

Mobilité interne (V. accord de mobilité interne)

Modification dans la situation juridique de l'employeur (V. transfert d'entreprise)

Modification du contrat de travail : 352 et s

Motif économique : V. licenciement pour motif économique

Mutations technologiques : 317

N

Novation : 351, 666

Nullité

- accord collectif 896
- licenciement 483, 783

O

Obligation d'adaptation :

- limite 366
- sanction 366 et s.

Obligation de reclassement :

- cadre temporel de l'obligation 374 et s.
- contrôle 407 et s.
- emplois à rechercher 391
- formalisme des propositions de reclassement
- périmètre des recherches 376 et s.
- précision des offres 405 et s.
- sanction 409

Offre raisonnable d'emploi : 345

Opposition : V. Droit d'opposition

Ordre des licenciements : 268, 449 et s.

Orientations stratégiques de l'entreprise : 129 et s.

P

Participation aux résultats de l'entreprise : 623 et s.

Période d'observation : 540 et s.

Plan de formation : 133 et s.

Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) : 750 et s.

- champ d'application 751 et s.
- contenu 257, 753 et s.
- contrôle administratif 276, 475, 773
- mise en œuvre 786
- sanction 781

Plan d'épargne d'entreprise (PEE) : V. Plan d'épargne salariale

Plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO) : 969 et s.

Plan d'épargne salariale : 922 et s.

Portabilité des droits : 959, 973 et s
Préfet : 505, 826 et s, 858 et s, 1045 et s
Préretraite : 259, 738 et s
Prévoyance : V. Régime de prévoyance
Principe d'égalité : 162, 229, 894, 903, 929
Priorité de réembauche : 792 et s
Prise d'acte de la rupture : 908
Privilèges et sûretés : 729 et s
Procédures collectives

- autorisation judiciaire des licenciements 541 et s., 547 et s., 554 et s.
- cession/transfert d'entreprise 656
- information/consultation des représentants du personnel 576 et s.

Procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire : V. procédure collectives

Prorogation des mandats : 1007

R

Reclassement (V. obligation de reclassement, plan de sauvegarde de l'emploi)

Reconversion professionnelle : 136, 366, 806 et s

Redressement et liquidation judiciaires V. procédures collectives

Référendum : 209, 1045,

Régime de prévoyance : 967 et s

Régime de retraite à prestations définies : 970

Règlement intérieur :

- retrait 919
- sort en cas de restructuration 909

Réintégration: 359 et s

Réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité : 320 et s

Représentant des créanciers : 341, 561

Représentants du personnel : V. institutions représentatives du personnel, comité d'entreprise, comité d'établissement, comité central d'entreprise, CHSCT, délégués du personnel, comité de groupe

Représentativité syndicale : 882 et s

Reprise de l'entreprise par les salariés : 687

Reprise de site : 862

Réserve spéciale de participation : 923 et s

Résiliation judiciaire : 216 et s

Retraite complémentaire obligatoire (AGIRC, ARRCO) : 944 et s

Revitalisation des bassins d'emploi : 854 et s

Risques psychosociaux : 428 et s

Rupture conventionnelle : 157, 856 et s

S

Salariés protégés : 464, 575, 632

Santé et sécurité au travail : 65, 425 et s.

Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires : (V. procédures collectives)

Secteur d'activité : 201, 238, 300 et s, 312 et s,

Service public de l'emploi : 773 et s, 829 et s

Seuils d'effectif de l'entreprise : 1024 et s

Société coopérative européenne : V. société européenne

Société européenne : 999 et s, 1020 et s

Solidarité entre employeurs successifs : 723 et s

Stratégie de l'entreprise : 129 et s, 145 et s

Stress au travail : 427

Subvention aux activités sociales et culturelles :

- calcul : 1039

- sort en cas de restructuration : 1037

Subvention de fonctionnement :

- calcul : 1040 et s

- sort en cas de restructuration : 1032 et s

Succession d'employeurs : V. transfert d'entreprise

Superprivilège des salariés : 731 et s

Suppression d'emploi : 346 et s

Suspension du contrat de travail : 798, 905

T

Tarification des accidents du travail et maladies professionnelles : 945, 992

Temps de travail : 190 et s, 210 et s, 791

Transaction : 692, 788 et s

Transférabilité (Clause de -) : 994

Transfert d'entreprise : 715 et s

Transfert du contrat de travail : 625 et s, 758 et s

Transfert partiel d'entreprise : 830

Transformation d'emploi : 294 et s

U

Unité économique et sociale (UES) : 1010 et s

Usages

- accord collectif postérieur : 917 et s.

- dénonciation : 914 et s.

- sort en cas de transfert d'entreprise : 905 et s

V

**Validation administrative des projets de grand licenciement collectif (V.
Homologation/validation)**

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	15
PARTIE I : LA LIMITATION DU COUT SOCIAL DES RESTRUCTURATIONS EN AMONT DE LEUR REALISATION	111
TITRE I : LA PROMOTION DE LA NEGOCIATION RELATIVE AUX RESTRUCTURATIONS.	117
CHAPITRE I : LA NEGOCIATION SUR L'EMPLOI EN AMONT DES DECISIONS DE RESTRUCTURATION.	121
Section I – L'obligation de négocier sur la GPEC.	126
§ 1 – Une négociation fondée sur les orientations stratégiques de l'entreprise.	130
§ 2 – L'objet de la négociation triennale.....	136
A – La mise en place négociée de dispositifs de GPEC au sein de l'entreprise.	140
B – Les prolongements de la GPEC hors de l'entreprise.	148
1 – Les prolongements de la GPEC de l'entreprise donneuse d'ordre en direction de ses sous-traitants.....	148
a – L'obligation de négocier sur les conditions d'information des sous-traitants sur les orientations stratégiques de l'entreprise.....	149
b – La négociation facultative sur l'association des sous-traitants au dispositif de GPEC.	151
b – La faculté de négocier sur l'éventuelle participation de l'entreprise aux actions territoriales de GPEC.	153
§ 3 - Une protection effective de l'emploi face aux restructurations à venir ?	156
Section II - La négociation des accords de mobilité interne	161
§ 1 – La négociation des accords de mobilité interne.	163
§ 2 - Le contenu des accords de mobilité interne	168
A – La définition conventionnelle des conditions de mobilité interne.	168
B – L'instauration de mesures conventionnelles d'accompagnement et de reclassement des salariés refusant une mesure conventionnelle de mobilité.	172
§ 3 - La mise en œuvre des accords de mobilité interne.	176
§ 4 – Le licenciement du salarié consécutif au refus de l'application de l'accord de mobilité interne.	185
§ 5 – Le contrôle judiciaire des licenciements consécutifs au refus d'une mesure conventionnelle de mobilité interne.	194
A – Le contrôle judiciaire de la conformité de l'accord de mobilité interne aux exigences légales.	195
B – Le contrôle judiciaire des conditions individuelles de mise en œuvre de l'accord.....	197
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	201
CHAPITRE II : LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS L'ENTREPRISE EN CRISE	205
Section I : La négociation censée éviter une restructuration destructrice d'emplois	211
§ 1 : L'encadrement de la conclusion des accords de maintien de l'emploi.....	214
A – La conclusion de l'accord subordonnée au diagnostic partagé de l'existence de graves difficultés conjoncturelles	215
1 – Le recours aux accords de maintien de l'emploi conditionné à l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles.....	215
2 – L'indispensable partage par les partenaires sociaux de l'analyse de la situation de l'entreprise	219

B – La validité de l'accord subordonnée à une exigence majoritaire	225
§ 2 : L'objet de l'accord de maintien de l'emploi	229
A – Les efforts « imposés » aux salariés	230
B – Les contreparties accordées aux salariés	233
1 – La garantie, relative, du maintien de l'emploi	234
2 – Le partage, hypothétique, des bénéfices résultant de l'application de l'accord.....	237
C – Le partage hypothétique des efforts pour surmonter les difficultés économiques.....	239
§ 3 - Les effets de l'entrée en vigueur d'un accord de maintien de l'emploi.....	242
A – La procédure destinée à recueillir l'acceptation ou le refus du salarié	245
B – Les effets de l'application de l'accord de maintien de l'emploi.....	248
C – les effets du refus.....	253
1 – Un licenciement reposant sur un motif économique prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel	254
a – Un licenciement reposant sur un motif économique	254
b – L'incertaine mise à l'écart du droit des licenciements collectifs	257
2 – Le contrôle judiciaire des licenciements des salariés opposés à l'accord de maintien de l'emploi.....	265
a – Le contrôle judiciaire de la conformité de l'accord de maintien de l'emploi aux exigences légales.....	266
b – Le contrôle judiciaire de la mise en œuvre individuelle de l'accord et de la mesure individuelle de licenciement	268
§ 4 : Le suivi et le contrôle de la mise en œuvre des accords de maintien de l'emploi	271
A – Les répercussions de l'évolution de la situation de l'entreprise sur la mise en œuvre de l'accord	272
B – Les sanctions du non-respect des engagements conventionnels	277
Section II : La faculté de négocier sur les projets de grand licenciement collectif.....	283
§ 1 : La faculté de négocier sur un projet de grand licenciement collectif	290
A – Les modalités de la négociation relative aux projets de grand licenciement collectif.....	290
B – L'objet de la négociation relative au projet de grand licenciement collectif	298
1 – Le contenu plan de sauvegarde de l'emploi, objet obligatoire d'une négociation facultative	299
2 – La faculté de négocier sur les modalités d'information/consultation du comité d'entreprise.....	303
3 – La faculté de négocier sur les conditions de mise en œuvre des licenciements	309
§ 2 : La validité de l'accord subordonnée à sa légitimité.....	314
A – L'exigence d'un accord « majoritaire »	315
B – L'indispensable validation administrative de l'accord.....	316
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	323
CONCLUSION TITRE.....	327
TITRE II : LA DÉCISION DE LICENCIER POUR UN MOTIF ÉCONOMIQUE SOUMISE À UNE EXIGENCE DE LÉGITIMITÉ.....	331
CHAPITRE I : LA DÉCISION DE LICENCIER SOUMISE À UNE EXIGENCE DE JUSTIFICATION.....	339
Section I : Une décision soumise à l'exigence stricte d'un motif économique légitime	344

§ 1 : Le contrôle rigoureux des causes économiques susceptibles de légitimer une restructuration destructrice d'emploi	347
A – L'existence de difficultés économiques	348
1 – L'exigence de difficultés réelles et importantes, étrangères à toute faute ou légèreté blâmable de l'employeur	349
2 – Le cadre d'appréciation des difficultés économiques	352
B – Les mutations technologiques	361
C – La nécessité de sauvegarder la compétitivité	363
D – La cessation d'activité de l'entreprise cause autonome de licenciement inappropriée en cas d'appartenance à un groupe	375
1 – La cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise, cause légitime de licenciement	375
2 – Le risque d'instrumentalisation de la cessation d'activité par les groupes, susceptible d'être sanctionné	379
a – La caractérisation d'une situation de coemploi	381
b – Les actions envisageables sur le terrain de la responsabilité délictuelle	389
§ 2 : L'exigence d'un effet sur l'emploi	399
A – La suppression d'emploi	403
B – La transformation d'emploi	407
C – La modification du contrat de travail refusée par le salarié	410
§ 3 : L'effectivité de l'exigence de justification amoindrie en l'absence de sanctions réellement comminatoires	417
Section II : Une décision soumise à l'absence d'alternative	425
§ 1 : L'obligation d'adaptation préalable au licenciement pour motif économique	426
§ 2 : L'obligation de reclassement préalable au licenciement	432
A – Le cadre spatio-temporel de l'obligation de reclassement	436
1 – Le cadre temporel des recherches de reclassement	436
2 – Le périmètre des recherches de reclassement : entre réalisme et artifice	439
a – La relative ineffectivité de l'extension du périmètre de reclassement au groupe	439
α – L'obligation de rechercher des postes dans les entreprises du groupe avec lesquelles existe une possible permutation des salariés	440
β – L'ineffectivité de l'extension du périmètre de reclassement et l'existence de remèdes	445
b – L'extension du périmètre des recherches de reclassement à l'étranger	456
B – Les emplois à rechercher pour éviter le licenciement	464
C – Des offres précises et personnalisées, formulées par écrit	472
D – Le contrôle judiciaire et la sanction de l'obligation de reclassement	478
CONCLUSION DU CHAPITRE	483
CHAPITRE II : LE CONTRÔLE DE LA DÉCISION DE LICENCIER	487
Section I : Contrôle de la décision de licencier dans les entreprises <i>in bonis</i>	497
Sous-section I – Le contrôle de la décision de procéder à un grand licenciement collectif étrangère à un projet de fermeture d'un établissement	498
§ 1 : Le contrôle par les représentants du personnel de la décision de procéder à un grand licenciement collectif	499
A – La consultation du CHSCT afin de contrôler l'impact du projet sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés	502

1 – L’obligation de consulter le CHSCT en cas de projet important affectant les conditions de santé, de sécurité et de travail des salariés	505
2 – Les innovations apportées par la loi de sécurisation de l’emploi.....	509
a – L’obligation de consulter le CHSCT et le possible recours à un expert pour l’assister en présence d’un projet de grand licenciement collectif	510
b – La faculté de recourir à une expertise unique grâce à la mise en place d’une instance de coordination des CHSCT	513
3 – Le strict encadrement du contrôle par le CHSCT des projets de grand licenciement collectif	518
a – Le droit du CHSCT à une information préalable suffisante.....	519
b – La faculté de recourir à un expert agréé et l’encadrement de l’expertise sollicitée par le CHSCT ou l’instance de coordination	521
c – L’encadrement de la procédure de consultation du ou des CHSCT.....	525
B - Le contrôle par le comité d’entreprise du projet de restructuration et du projet de licenciement.....	533
1 – L’objet de la consultation du comité d’entreprise.....	537
a - L’objet de la consultation du comité d’entreprise en l’absence d’accord majoritaire	538
b – L’objet de la consultation du comité d’entreprise en présence d’un accord majoritaire total ou partiel	546
2 – L’information préalable du comité et la faculté de recourir à un expert..	548
3 - Le déroulement de la procédure d’information consultation du comité d’entreprise.....	556
§ 2 : Le contrôle administratif des décisions de grand licenciement collectif dans les entreprises de cinquante salariés au moins.....	572
A – Le contrôle administratif de la décision de prononcer un grand licenciement collectif.....	575
1 – Le contrôle administratif au cours de la procédure d’élaboration du projet de licenciement collectif.....	576
a – L’obligation d’informer l’Administration de tout projet de licenciement donnant lieu à l’établissement d’un plan de sauvegarde de l’emploi.....	577
b – Le pouvoir administratif de proposition et d’observation au cours de la procédure	581
c – Le pouvoir d’injonction de l’Administration	587
2 – Le contrôle administratif à l’issue de la procédure, l’indispensable homologation ou validation du projet de licenciement	592
a – Le contrôle administratif du projet de grand licenciement collectif à l’issue de la procédure.....	592
b – L’effet de la décision administrative de validation/homologation ou de refus d’homologation/validation du projet de licenciement collectif.....	606
B – Le possible recours au contrôle juridictionnel des décisions de grand licenciement collectif	611
1 – Le recours devant le juge administratif à l’encontre des décisions de la DIRECCTE	612
2 – La compétence résiduelle du juge judiciaire	621
Sous-section II - Le contrôle des décisions de licenciement consécutives à un projet de fermeture d’établissement.	625
§ 1 – Le champ d’application de l’obligation de rechercher un repreneur.	628
§ 2 – L’obligation de rechercher un repreneur susceptible de racheter l’établissement menacé	631

A – Les obligations d’information préalable à la recherche d’un repreneur.....	632
B – La procédure de recherche d’un repreneur.	634
1 – L’information des repreneurs éventuels.	634
2 – L’implication du comité d’entreprise dans le processus de recherche d’un repreneur.....	637
C – La clôture de la procédure de recherche d’un repreneur.	642
§ 3 – Contrôle et sanction de la procédure de recherche d’un repreneur.	646
A – Le contrôle de la procédure de recherche d’un repreneur.	646
B – La sanction du non-respect du processus légal de recherche d’un repreneur.	654
Section II : Le contrôle de la décision de licencier dans les entreprises soumises à une procédure collective.	663
§ 1 – L’indispensable autorisation judiciaire des licenciements pour motif économique envisagés au cours d’une procédure collective.....	669
A – L’autorisation judiciaire des licenciements pour motif économique dans le cadre d’une procédure collective.....	669
1 – Le prononcé des licenciements au cours de la période d’observation subordonné à l’autorisation du juge-commissaire.....	670
2 - La pseudo-autorisation judiciaire des licenciements prévus par un plan de redressement ou de cession.	680
3 - L’autorisation implicite des licenciements prononcés dans le cadre d’une liquidation judiciaire.	687
B - La protection contre le licenciement amoindrie par la réduction des voies de recours offertes aux salariés.	692
1 – La privation de tout recours effectif contre les décisions judiciaires autorisant leur licenciement.	693
2 – L’impossible contestation directe de la cause économique des ruptures.	698
a - L’interdiction critiquable de toute contestation directe de la cause réelle et sérieuse.....	698
b – La compétence du conseil de prud’hommes relative à la situation individuelle des salariés licenciés dans le cadre d’une procédure collective.	717
§ 2 - Le contrôle allégé par les représentants du personnel de la décision de licencier au cours d’une procédure collective.	724
A – Les prérogatives du comité d’entreprise spécifiques à l’ouverture d’une procédure collective.	728
B – Une information/consultation alléguée du comité d’entreprise sur la décision de licencier.	730
1 – L’objet de l’information et de la consultation du comité.....	733
2 – Déroulement de la procédure d’information/consultation du comité d’entreprise.....	744
§ 3 – Le contrôle administratif des grands projets de licenciement dans les entreprises soumises à une procédure collective.....	763
A – L’aménagement du contrôle administratif au cours de la procédure d’élaboration du projet de licenciement collectif dans le cadre d’une procédure collective.	764
1 – L’obligation d’informer l’Administration du travail.....	765
2 – Les prérogatives de l’Administration au cours de la procédure.....	768
B – L’indispensable validation/homologation administrative du projet de licenciement conditionnant la régularité des ruptures.....	775

1 – Le contrôle administratif à l’issue de la procédure d’élaboration du projet de licenciement collectif.....	775
2 – L’effet de la décision administrative de validation/homologation ou de refus d’homologation/validation du projet de licenciement collectif.....	787
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	793
CONCLUSION DU TITRE.....	797
CONCLUSION DE LA PARTIE	801
PARTIE II : LA LIMITATION DU COUT SOCIAL DES RESTRUCTURATIONS EN AVAL DE LEUR REALISATION.....	809
TITRE I : L’ATTENUATION DES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA SITUATION INDIVIDUELLE DES SALARIES.	813
CHAPITRE I : LA PROTECTION DE L’EMPLOI ET DES CREANCES SALARIALES EN CAS DE TRANSFERT D’ENTREPRISE.....	817
Section I : Les conditions du maintien des contrats de travail.	820
§ 1 - Les conditions relatives aux contrats de travail.	822
A - L'exigence de contrats de travail en cours au jour du transfert.....	822
1 - Des contrats de travail.....	822
2 - Des contrats en cours au jour du transfert.....	825
B - L’affectation des salariés à l'entité cédée.	826
1 – L’affectation des salariés, condition suffisante au transfert des contrats des salariés « ordinaires ».....	826
2 – Le transfert des salariés protégés en cas de cession partielle.	828
§ 2 - Les conditions relatives à l’entreprise objet du transfert.	833
A - L'abandon de la théorie de l'entreprise-activité.....	834
B – L’exigence d’une entité économique autonome.....	836
1 - Un ensemble organisé de personnes et d’éléments d’actif permettant l’exercice d’une activité économique.....	838
a - Une activité économique stable.	839
b - L’exigence d’autonomie de l’entité.	841
α - Des moyens humains affectés à l’entité.....	842
β - Des moyens matériels.	843
2 – Le traitement spécifique réservé par la CJUE aux secteurs dits « de main-d’œuvre ».....	849
§ 3 - Les conditions relatives au transfert.	855
A - L'indifférence du transfert.....	855
B – La pérennité de l’entreprise.	860
1 - L'exigence du maintien de l'identité de l'entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise.....	861
2 – Le transfert du privé vers le public.....	867
Section II : La préservation de la situation contractuelle et financière des salariés.....	874
Sous-section I : la stabilité de la situation contractuelle des salariés par delà le transfert.....	875
§ 1 - Le maintien impératif du contrat sans modification par-delà le transfert.....	876
A - Le maintien de la situation contractuelle en vigueur au moment du transfert exclusive de la garantie de son immutabilité.	877
1 - La poursuite des contrats de travail aux conditions en vigueur au moment du transfert.....	877
2 – L’absence de droit à l’immutabilité de la situation contractuelle.	883
B – Un maintien impératif.....	886
1 - L'interdiction des licenciements prononcés à l'occasion du transfert.	888

a - La paralysie du pouvoir de licencier cantonnée aux ruptures prononcées à l'occasion du transfert.....	889
b – Les exceptions au principe prohibant tout licenciement en lien avec le transfert.....	893
α - L'exception des licenciements judiciairement autorisés dans le cadre d'une procédure collective.	894
β - La reprise de l'entreprise liquidée par les salariés, exception jurisprudentielle à la prohibition des licenciements à l'occasion du transfert.....	899
c – La sanction des licenciements prononcés en violation de l'article L. 1224-1 : une inefficacité source de controverse.	901
α - La portée de l'inefficacité des licenciements prononcés en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail.	902
β - Le débat sur la nature de cette inefficacité.....	908
2 – L'absence critiquable de droit d'opposition au transfert accordé au salarié.	913
a – La reconnaissance d'un droit d'opposition au niveau européen.	914
b – L'indispensable mise en conformité du droit français au droit européen.	919
§ 2 - Le transfert impliquant une modification du contrat.	932
A – Le transfert d'une entreprise du privé vers un service public à caractère administratif.	932
1 – La proposition de contrats de droit public.....	933
2 - La rupture <i>sui generis</i> du contrat suite au rejet par le salarié de l'offre contractuelle de droit public.....	939
B - Le transfert partiel d'entreprise induisant un démembrement du contrat de travail.....	946
Sous-section II : La préservation de la situation financière des salariés par delà la restructuration.....	952
§ 1 - La solidarité entre employeurs successifs.....	953
A – Les exceptions à la solidarité entre employeurs successifs strictement interprétées.	954
B - Les obligations garanties au titre de la solidarité légale.....	955
§ 2 - La protection de la situation financière des salariés en cas de procédure collective.	959
A - Les privilèges octroyés aux salariés.....	960
1 - Le privilège général des salaires.	960
2 - Le superprivilège.	962
B - La couverture AGS.....	963
1 - Les créances salariales garanties par l'AGS.	967
a - L'étendue de la couverture des créances antérieures au jugement d'ouverture.	967
b - La garantie des sommes liées aux ruptures de contrat de travail postérieures au jugement d'ouverture.	973
2 – Le plafonnement de la garantie AGS.	977
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	981
CHAPITRE II : L'ACCOMPAGNEMENT DES SALAIRES MENACÉS DE LICENCIEMENT DANS LE CADRE D'UNE RESTRUCTURATION.	985
Section I - Le plan de sauvegarde de l'emploi.	988

§ 1 – Le champ d’application de l’obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l’emploi.....	991
A – L’employeur seul débiteur de l’obligation d’établir un plan de sauvegarde de l’emploi.	992
B - Les conditions d’appréciation du seuil de cinquante salariés et du nombre de licenciements projetés.	999
C - Les ruptures prises en considération pour apprécier l’obligation d’établir un plan de sauvegarde de l’emploi.	1003
1 – La prise en compte de toutes les ruptures pour motif économique.	1003
2 – Les restructurations consistant à modifier les contrats pour motif économique.	1007
3 – L’obligation d’élaborer un plan de sauvegarde de l’emploi accompagnant un plan de départs volontaires.	1012
§ 2 – Le contenu du plan de sauvegarde de l’emploi, objet d’un contrôle strict..	1016
A – L’exigence de mesures reclassement interne ou externe efficaces.	1017
1 – Des mesures alternatives au licenciement ou au chômage.....	1017
2 – L’exigence d’un contenu proportionné aux moyens à la disposition de l’employeur.	1023
B – Le contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l’emploi.	1027
1 – Le contrôle du plan de sauvegarde de l’emploi en cours d’élaboration.	1028
2 – Le contrôle du plan de sauvegarde de l’emploi définitif.....	1035
C – La sanction de l’insuffisance du plan de sauvegarde de l’emploi.	1042
§ 3 – La mise en œuvre du plan de sauvegarde de l’emploi.	1050
Section II – Les autres mesures sociales d’accompagnement des salariés menacés de licenciement.	1059
§ 1 – Les dispositifs d’accompagnement individuel des salariés licenciés pour motif économique.	1060
A -La priorité de réembauche.....	1064
B - Le contrat de sécurisation professionnelle.	1074
C - Les congés de reclassement et de mobilité.....	1083
1 - Le congé de reclassement.	1083
2 – Le congé de mobilité.	1089
§ 2 : Les dispositifs publics d’accompagnement collectif des restructurations. ..	1095
A – Le recours à l’activité partielle.....	1096
1 – Les conditions de placement des salariés en activité partielle.	1099
2 – Situation de l’entreprise en activité partielle.....	1105
B - Les conventions du Fonds national de l’emploi (FNE).....	1115
1 - les conventions FNE-formation.	1118
2 - Les conventions d'allocation temporaire dégressive.....	1120
C – Le Fonds européen d’ajustement à la mondialisation (FEM).....	1123
1 – Les restructurations éligibles à l’aide du Fonds.	1125
2 – Les actions susceptibles d’être financées par le FEM.....	1126
3 – Les modalités d’intervention du FEM.....	1128
§ 3 – La revitalisation des bassins d’emploi affectés par les restructurations.....	1131
A – Le champ d’application de l’obligation de contribuer à la revitalisation du bassin d’emploi.	1133
B – La décision préfectorale relative à l’obligation de participer à la revitalisation du bassin.....	1135
C – La conclusion d’une convention de revitalisation avec l’État.	1138

D – La mise en œuvre d’actions de revitalisation prévue par un accord collectif.	1147
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	1151
CONCLUSION DU TITRE.....	1155
TITRE II : L’ATTENUATION DES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA SITUATION COLLECTIVE DES SALAIRES.....	1159
CHAPITRE I : LES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LE STATUT COLLECTIF DES SALAIRES.....	1163
§ 1 – Le maintien provisoire du statut collectif négocié mis en cause par une restructuration.....	1167
A – La mise en cause des conventions et accords collectifs de travail à durée indéterminée.....	1169
1 – Le domaine de la mise en cause des conventions et accords collectifs..	1169
2 – La survie temporaire de l’accord mis en cause.....	1173
3 – La conclusion d’un accord de substitution.....	1179
a – La négociation d’un accord de substitution.....	1180
α – Les parties et le cadre de la négociation de substitution.....	1180
β – Le cadre temporel de la négociation de substitution.....	1188
b – Le contenu de l’accord de substitution.....	1191
4 – Le maintien des avantages individuels acquis.....	1196
B – Le sort des conventions et accords collectifs à durée déterminée.....	1205
§ 2 - Le sort du statut collectif non-négocié.....	1208
A – Le maintien du statut collectif non-négocié au profit des salariés repris..	1209
1 – La survie du statut collectif non-négocié par-delà la restructuration....	1210
a – Le maintien des usages et engagements unilatéraux.....	1211
b – Le maintien du règlement intérieur par-delà la restructuration.....	1214
2 – Le fondement du transfert du statut collectif non-négocié : la théorie institutionnelle de l’entreprise ?.....	1217
B – Une remise en cause aisée du statut collectif non-négocié après le transfert.....	1220
1 – La remise en cause des usages et engagements unilatéraux.....	1220
a – La dénonciation par le nouvel employeur des usages et engagements unilatéraux de son prédécesseur.....	1221
b – La cessation de l’application d’un usage antérieur par la conclusion d’un accord collectif ayant le même objet.....	1225
2 – La remise en cause du règlement intérieur en vigueur dans l’entité transférée.....	1228
Section II : Le sort des régimes d’épargne salariale et de protection sociale complémentaire en cas de restructuration.....	1231
Sous-section I : Le sort de l’épargne salariale en cas de restructuration.....	1233
§ 1 - Le sort des régimes d’épargne salariale en cas de restructuration.....	1234
A – Régime de participation et variations d’effectif consécutives à une restructuration.....	1234
B – Le maintien des régimes d’épargne salariale sauf impossibilité d’en poursuivre l’application après la restructuration.....	1238
1 – La cessation immédiate du régime d’épargne salariale en cas d’impossible application après le transfert.....	1238
2 – Le maintien des régimes d’épargne salariale par-delà la restructuration.....	1242

C – Le sort des systèmes d’épargne salariale d’entreprise en cas de restructuration affectant l’application d’une norme conventionnelle de niveau supérieur.	1244
§ 2 - Préservation de la créance des salariés au titre de l’épargne salariale par-delà la restructuration.....	1248
Sous-section II : Le sort de la protection sociale accordée aux salariés en cas de restructuration.....	1255
§ 1 - L’impact modéré des restructurations sur les droits des salariés en matière de retraite complémentaire.....	1259
A - Restructurations autorisant un changement exceptionnel d’institution de retraite complémentaire.....	1261
B – Modalités d’unification des régimes de retraite complémentaire après la restructuration.....	1263
§ 2 – L’impact des restructurations sur les régimes de protection sociale complémentaire.....	1269
A – L’impact des restructurations sur les normes collectives sources de la protection sociale complémentaire.....	1273
1 – L’obligation d’adapter les garanties collectives aux dispositions de la convention collective de branche rendue applicable par la restructuration.	1274
2 – L’impact d’une restructuration sur l’accord collectif instaurant les garanties collectives au profit des salariés.....	1278
3 – L’impact d’une restructuration sur l’accord référendaire ou la décision unilatérale de l’employeur instaurant un régime de garanties collectives au profit des salariés.....	1285
B – La préservation de la situation des salariés grâce au maintien de certaines garanties et prestations.	1288
1 – Le sort des droits des salariés en cas de modification ou de suppression du régime.....	1289
2 – Maintien des garanties et des prestations en cas de rupture du contrat de travail.....	1296
a – Le maintien de la garantie malgré la rupture du contrat de travail.....	1296
α – Le maintien temporaire des garanties frais de santé et prévoyance grâce à leur portabilité.....	1298
β – Le maintien illimité au profit des salariés de la seule couverture des frais de santé résultant de l’article 4 de la loi Evin.	1304
b – Maintien des prestations immédiates ou différées par delà la rupture du contrat.....	1307
3 - Maintien des garanties et des prestations en cas de rupture du contrat d’assurance groupe.....	1310
4 – Le sort des droits des salariés en cas de succession d’organismes assureurs.....	1315
a – Maintien de certaines prestations et garanties en cas de succession d’organismes assureurs.	1316
b – Le possible transfert des droits entre organismes assureurs successifs.....	1321
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	1325
CHAPITRE II : LES CONSEQUENCES DES RESTRUCTURATIONS SUR LA REPRESENTATION DU PERSONNEL.....	1329
Section I – Le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration affectant l’organisation structurelle de l’entreprise.....	1332

§ 1 – Le maintien de la représentation du personnel en cas de restructuration n’affectant ni l’autonomie, ni la qualité d’établissement distinct de l’entité.	1333
§ 2 – L’éventuel maintien conventionnel des mandats en cas de perte de la qualité d’établissement distinct.	1343
§ 3 – Le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration affectant l’intégration de l’entité dans un groupement plus vaste.	1350
A – Le sort de la représentation du personnel en cas de constitution d’une UES, d’intégration ou de sortie d’une UES.	1352
B – Le sort des institutions représentatives du personnel en cas de constitution d’un groupe, d’intégration ou de sortie d’un groupe.	1356
C – Le sort des institutions représentatives du personnel en cas de constitution d’une entreprise ou d’un groupe de dimension communautaire, d’intégration ou de sortie d’un tel ensemble.	1359
D – Le sort de la représentation du personnel en cas de restructuration créant une société européenne.	1363
Section II – Le sort de la représentation du personnel en cas de variation des effectifs.	1368
§ 1 – La préservation de la représentation du personnel en cas de variation d’effectif.	1370
A – Le sort de la représentation du personnel en cas de baisse d’effectif.	1370
B – restructuration emportant franchissement des seuils d’effectifs imposant l’institution d’une représentation du personnel.	1375
§ 2 - Sort des ressources financières et du patrimoine des institutions représentatives du personnel.	1377
A – Le sort des ressources matérielles des comités suite à une restructuration.	1378
1 – Incidences d’une restructuration sur la subvention de fonctionnement du comité.	1379
2 – Incidences d’une restructuration sur la contribution patronale aux activités sociales et culturelles.	1384
B – Le sort du patrimoine des institutions représentatives du personnel en cas de restructuration.	1393
CONCLUSION CHAPITRE.	1401
CONCLUSION DU TITRE.	1403
CONCLUSION DE LA PARTIE.	1407
CONCLUSION GENERALE.	1411
BIBLIOGRAPHIE.	1417
INDEX.	1479